BULLETTINO
DELL' ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ANNO XVII

ROMA

ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

Corso Umberto I, 307

(presso il CIRCOLO GIURIDICO)

1905

LIBRARY
APR 17 1969
UNIVERSITY OF TORONTO

K
9
S75
anno 17

STUDI SULLA "CULPA LATA"
IN DIRITTO ROMANO

Parte Prima
L' equiparazione della culpa lata al dolo.

I.

Il principio dell'equiparazione della *culpa lata* al dolo si desume da una serie di testi, i quali ce lo presentano colla più grande varietà di espressioni. In queste v'è tutta una gradazione: si muove dal semplice concetto di approssimazione e si perviene a quello di identità attraverso configurazioni che ci mostrano la colpa *lata* come contenuta nel dolo:

« .... videtur dolo versari, dissoluta enim neglegentia prope dolum est » - fr. 29 pr. D. 17-1.

« .... lata neglegentia, quia ista prope fraudem accedit » - fr. 7 § 1 D. 26-10.

« .... lata culpa plane dolo comparabitur » - fr. 1 § 1 D. 11-6.

« ... culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit » - fr. 8 § 3 D. 43-25.

« ... magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere » - fr. 1 § 5 D. 44-7.

« Dolum accipere debemus et culpam latam ... » - fr. 5 § 15 D. 36-4.

« ..... in hac lege culpa lata pro dolo accipitur » - fr. 7 D. 48-8.

« ... sed culpa dolo proxima dolum repraesentat » - fr. 1 § 2 D 47-4.

« ... magna culpa dolus est » - fr. 226 D. 50-16.

« .... latiorem culpam dolum esse » - fr. 32 D. 16-3.

Sono questi i frammenti in cui sotto forme diverse apparisce nelle nostre fonti la norma secondo la quale *culpa lata dolo compa-*

rabitur[1]). Quanto al loro significato tutte queste espressioni sono state giudicate perfettamente equivalenti, e ciò è sicuramente avvenuto perchè desse vennero esaminate sotto l'influenza dell'unico senso possibile della regola, quello cioè dell'*equiparazione* della *l. c.* al dolo. Nondimeno a me non pare dubbio che in alcune di quelle frasi sia manifestato un concetto, il quale va sicuramente oltre quello della semplice *equiparazione*. Allorquando si dice che *magna culpa dolus est* si mette evidentemente in rilievo la *identità* dei due termini. Questa interpretazione riceve forza da quelle locuzioni con cui s'afferma che la *l c.* è contenuta nel dolo.

Ma di ciò diremo meglio più avanti. Per ora basti aver notato che in talune frasi non v'è per lo meno perfetta rispondenza fra pensiero e forma che lo riveste, se ciò che si vuol esprimere è la semplice *equiparazione*.

Riguardo al tempo cui rimonta il principio dell'equiparazione, al campo di rapporti entro il quale esso si svolse, al modo onde si venne formando, al valore della equiparazione in parola ed alla maniera con cui questa si giustifica, ecco quanto si afferma comunemente.

Il Dernburg (*Dir. delle Obbl.* p. 141, n 6, della traduz. ital.) ed il Pernice (*Labeo* II, 1ª ediz., p. 377) credono, in base al fr 32 D. 16-3, Celsus XI Digestorum, che già Nerva conoscesse la regola della parificazione, che esprimeva dicendo addirittura « latiorem culpam dolum esse ». In effetti dalla relazione di Celso risulta che il principio della equiparazione, per quanto controverso (Proculo displicebat, mihi verissimum videtur), fosse noto a Nerva, il quale lo applicava in un caso di grave colpa del depositario, quindi a proposito di un *b. f. iudicium*.

Dallo stesso fr. 32 piglia le mosse il Ferrini (*Pand* p. 578), secondo il quale la *culpa lata* fu effettivamente equiparata al dolo nell'ambito delle obbligazioni in cui prevale l'elemento della buona fede, per autorità dei proculiani. E per vero non si può negare che questo dei giudizi di buona fede dovesse naturalmente essere il più adatto campo d'applicazione della nota norma. Giova però osservare

[1]) Altri frammenti che pur si citano, comunemente, a questo proposito, non contengono espresso il principio della equiparazione della *c. l.* al dolo. Alcuni però tra essi stanno certamente in relazione con questa norma, e verranno esaminati in altra parte di questo scritto.

che e la maniera con cui Nerva formulava la regola, accettata da Celso, e la natura delle obbligazioni cui ci riferiamo, autorizzano la congettura che quella norma dovesse valere in tutti i *b. f. iudicia*. Questo rilievo non è senza importanza, come vedremo da qui a poco.

Allo stabilimento dunque di un tale principio avrebbe contribuito entro la sfera di quei rapporti l'elemento della buona fede, che li domina, così come a determinarlo sarebbero valse ragioni essenzialmente pratiche.

La pratica, scrive il Dernburg (op. e loc. cit.), diventa incerta per le troppe e sottili distinzioni; ora appunto colla equiparazione di cui discorriamo si sarebbe soddisfatto uno dei bisogni da essa sentiti.

Questo stesso concetto è molto meglio lumeggiato dallo Scialoia [1]) nelle sue lezioni sul Diritto delle Obbligazioni: « Non sempre è facile distinguere in pratica il dolo dalla *culpa lata*, perchè la distinzione si riduce in sostanza nel massimo numero dei casi ad un elemento intenzionale difficilmente verificabile mediante prova. Ora se si ammettesse che il diritto si deve arrestare di fronte a distinzioni soggettive, dal momento che non si debbono applicare le conseguenze del dolo, se l'intenzione non c'è, ne seguirebbe che nella massima parte dei casi il diritto sarebbe disarmato, e il dolo rimarrebbe esente dalle conseguenze giuridiche, poichè di fronte alla negativa del convenuto, ben difficilmente si riuscirebbe a provarne l'esistenza ».

In altri termini quindi si tratterebbe di imperiose ragioni d'indole processuale. A questo forte motivo sarebbe da aggiungerne un altro, non meno grave, cui accenna anche il Burchkardt (*Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und lata culpa,* p. 45 e *passim*) [2]).

In numerosi casi l'Editto del pretore parlava soltanto di dolo, vi si diceva cioè che si sarebbe dato il giudizio, se vi fosse stato dolo, e dolo soltanto. Il sentito bisogno di estendere la responsabilità anche al caso di grave negligenza trâe i giureconsulti, allorchè interpretano le parole dell'Editto, a forzare il significato dell'espressione (dolo) per modo da vedervi compresi anche gli atti di *culpa*

[1]) Lezioni raccolte dal dott. ROSTAING, p. 338.

[2]) Cfr. anche PERNICE, *Labeo* II, 1ª ediz, p. 421 e n. 3, il quale cita il MOMMSEN, *Beiträge* III, p. 355.

lata. È perciò una necessità interpretativa quella che ha fatto dire, che la *culpa lata* si equipara al dolo, e perfino, che *dolo* e *lata culpa* sono la stessa cosa.

Una tale posizione, in cui si trova l'interprete, di fronte all'Editto, non solo servirebbe a chiarire il modo col quale la nota regola dell'equiparazione si viene formando, ma sicuramente anche ad escludere che questa equiparazione abbia un valore teorico.

Osserva il Pernice (*M. A. Labeo* II, I, 2ª ediz., p. 129) che i giuristi romani non hanno mai avuto motivo di riunire il dolo e la colpa sotto un unico punto di vista. Entrambi i concetti non solo in origine si sono sviluppati in modo indipendente, ma hanno continuato ad esistere senza che l'uno esercitasse sull'altro una sensibile influenza.

Solo *esternamente* e *praticamente* essi sono legati insieme nel diritto privato pel principio che una grave disavvedutezza si equipara alla immorale condotta. Gli è perciò che manca una espressione, comune ad entrambi, che ce li indichi.

E allora il valore di tutte quelle espressioni, adoperate per designare il principio dell'equiparazione, sarebbe puramente pratico, vale a dire che è soltanto in ordine alle conseguenze giuridiche che la *culpa lata* si equipara al dolo. A questo modo si evita l'assurdo in cui si cadrebbe attribuendo ben altro senso all'equiparazione, chè *essenzialmente* la *culpa lata* non è dolo.

Resta a dire delle ragioni addotte (mi limiterò a riferire le principali) per giustificare la nostra norma.

Pensa il Windscheid (*Dir. delle Pand.* vol. I, § 101, p. 409 della trad. ital.) che chi è convinto di una negligenza, che eccede ogni limite, sveglia il sospetto, che egli non sia stato solo trascurato, ed in ogni modo la disattenzione di cui si rese colpevole è così di comune pericolo che egli non può lagnarsi di sottostare alle conseguenze giuridiche del dolo.

Meno superficiale appare l'argomentazione del Ferrini (*Dir. pen. rom.*, p. 56). Egli dice che si capisce perfettamente come in diritto privato si tratti alla medesima stregua chi trasgredisce maliziosamente la propria obbligazione e chi procede con tanta trascuratezza da non vedere quello che tutti vedono. Difatti, secondo il nostro romanista, il comportarsi con negligenza così grande nell'adempimento

di una obbligazione significa sostanzialmente un non volersene curare, un non volerla adempiere; non si vorrà positivamente questo o quel danno del creditore in ispecie, e quindi non ci saranno gli estremi del dolo, ma c'è già l'inadempimento voluto in genere del proprio dovere.

Ed ora, prima di venire all'esegesi dei singoli frammenti che ci recano la norma dell'equiparazione, mi si consentano alcune brevi e generali considerazioni, relative a tutti i punti sinora toccati, delle quali alcune, per la loro indole, non potrebbero trovar posto in altra parte di questo scritto.

Innanzi tutto, riguardo all'epoca cui rimonterebbe la regola, è da osservare che se, come par naturale, essa presuppone ben già sviluppato il concetto di colpa, non è molto verosimile che risalga tanto addietro. Il concetto di colpa non s'è introdotto nel campo del diritto privato prima dell'ultimo secolo della Repubblica, ed è certo che la classica giurisprudenza attende ancora alla elaborazione di esso. (Cfr. Pernice, op. cit. II, II, 2ª ediz. p. 3).

Dal fr. 32 D. 16-3 - ciò è vero - si desume che già Nerva non ignorasse l'esistenza della norma della equiparazione, ma questo testo, come dimostreremo più innanzi, è di per sè assai sospetto. Intanto è probabile che esso riguardasse la tutela, e non il deposito. E, se si volesse riferire alla responsabilità del tutore il principio della equiparazione della *c. l.* al dolo, una tale congettura non si mostrerebbe molto sicura per altro verso.

La maniera onde Nerva formula questo principio, come si è già detto, e la speciale natura dei *bonae fidei iudicia* rendono verosimile l'opinione che la norma dell'equiparazione dovesse trovare applicazione nel campo di tutti questi rapporti, dominati dall'elemento della *bona fides*. Orbene relativamente ad alcuni di essi questa norma non è affatto espressa nelle fonti nostre, e dove poi si dice – il che è certamente più grave - che la *culpa lata* si deve equiparare al dolo, come a proposito del mandato e del deposito, il principio risulta manifestamente interpolato dai compilatori giustinianei.

Di qui il sospetto, abbastanza fondato, che la regola sia di diritto nuovo.

Che la ricordata ragione d'ordine pratico riesca ad imporsi dal punto di vista legislativo potrebbe anche ammettersi. Ma sarà stata

essa, che presuppone indubbiamente una grande difficoltà [1]), in pratica, di distinguere un atto di dolo da un atto di *culpa lata*, e più che altro una certa propensione a ritenere come provato il dolo, di fatto determinante nel diritto romano?

Ammettiamo pure che in parecchi casi, per lo speciale concorso di certe circostanze, possa riescire non facile la prova del dolo. Ma di fronte a questa possibile evenienza si sarebbero i giuristi romani indotti a stabilire la regola, che ogni atto di *culpa lata* (sia pure entro un campo limitato di rapporti) si deve equiparare al dolo? Come ognun vede, a questo modo si viene a fissare un principio che deve valere anche quando sia possibile la prova del contrario, che cioè il debitore versava realmente in grave negligenza. In altri termini la giurisprudenza romana avrebbe operato qui con un dolo presunto. Invece sappiamo che i giureconsulti classici non ammettevano deviazioni dai canoni ordinarî del diritto probatorio [2]).

Se poi a queste considerazioni aggiungiamo che la stessa gravità delle conseguenze giuridiche doveva rendere i romani meno corrivi all'estensione della responsabilità per dolo, non parrà infondato il dubbio che il principio della equiparazione non sia stato determinato dall'accennata necessità pratica.

Anche riguardo alla necessità interpretativa, messa avanti per spiegare come la norma dell'equiparazione si venne formando, sorge il sospetto che essa fosse inesistente pei classici In parecchi frammenti in cui il giurista commenta l' Editto, il quale parlava soltanto di dolo, e si legge « ma la *culpa lata* è contenuta nel dolo », « certamente la *c. l.* si equipara al dolo », e così via, queste aggiunte sono state sicuramente inserite dai compilatori giustinianei.

[1]) Con questa difficoltà poi non conviene esagerare. Il separare, e fors' anche nettamente, il comportamento doloso da quello grandemente trascurato, in cui vi deve essere, perchè sia tale, completa assenza di malizia, non dovrebbe intanto riuscire molto difficile, malgrado la negativa del convenuto. È ben raro che manchino manifestazioni esteriori su cui il giudice si possa fondare, così come non è per lo meno molto frequente che esse sian tali da lasciare in gran dubbio. E in ogni modo non mi par proprio il caso di dire, come fa il DERNBURG (loc. cit.), che qui ci troviamo di fronte ad una *sottile* distinzione,

[2]) Il concetto di *praesumptio* è giustinianeo. V. FERRINI, *Le presunzioni in diritto romano*, in «Riv. ital. per le scienze giuridiche», vol. XIV, p. 258 segg. e *Pandette*, p. 238.

Se così è - e lo dimostreremo tra breve - la posizione in cui si trovava il giureconsulto romano di fronte all' Editto che interpretava, non può essere più invocata a giustificazione ed illustrazione di talune espressioni, le quali ci dicono, ad esempio, che la grave negligenza è contenuta nel dolo, che la *culpa lata* e il dolo sono la stessa cosa.

E allora queste frasi come intenderle? Non resta altra via d' uscita: desse o accennano alla identità dei due concetti, ovvero mettono in rilievo solamente, sebbene con esagerazione, l'equiparazione della *c. l.* al dolo quanto agli effetti. Però tanto nel primo che nel secondo caso è ben difficile ritenere che siano uscite dalla bocca di un giureconsulto romano. Se l' espressione « magna culpa dolus est » deve significare che la grave negligenza si equipara al dolo in ordine alle conseguenze giuridiche, fa d'uopo riconoscere che le parole adoperate non rendono in maniera adeguata il pensiero che si voleva manifestare. Niuno poi ammetterà che pei Romani la *culpa lata* più che un grado della colpa sia un proposito ingiusto [1]). Il proposito esula sempre dal campo della colpa, sia pure essa grave. Gli è perciò che la giustificazione della nostra regola, quale ci vien data dal Ferrini, non pare esatta. Chi si comporta con grande negligenza nell' adempimento di una obbligazione, non *vuole* affatto, nemmeno *in genere* (il Ferrini distingue tra volontà positiva di arrecare un determinato danno al creditore, e inadempimento voluto in genere della propria obbligazione) l' inadempimento del proprio dovere. Allorquando questa volontà c'è, il debitore versa certamente in dolo.

E se una separazione netta si deve necessariamente riconoscere, tra dolo e *culpa lata*, non è punto giusto che sia tenuto, come sostiene il Windscheid, alle conseguenze giuridiche del dolo chi è convinto soltanto di una grave negligenza. Costui dovrà incorrere *soltanto* nella responsabilità stabilita dal diritto per gli atti di *culpa*.

Ora per tutte le considerazioni sin qui fatte non dovrebbe sembrare inverosimile che il diritto romano classico potesse mancare di una regola quale è quella della parificazione della *culpa lata* al dolo. Questa equiparazione – lo ripeto - non risponde ad una necessità lo-

[1]) Ritiene ciò il BINDING, *Normen* II, p. 342 segg. combattuto vittoriosamente dal nostro FERRINI, *Dir. pen. rom.* p. 53 segg. V. anche, contro Binding, PERNICE, *Labeo* II, 1ª ediz. p. 377 segg. e BURCHKARDT, op. cit. p. 7 segg.

gica, nè viene *assolutamente* imposta dalle esigenze della pratica, per quanto possa talora riescire utile. Essa regola, o, almeno, la sua generalizzazione, ben potrebbe invece appartenere ai compilatori giustinianei, i quali sovente si preoccupano di eventuali e possibili difficoltà pratiche cui cercano di ovviare, pur sovvertendo stabili principi. Ad essi ci rimanda, molto verosimilmente, l'uso di frasi caricate e pompose per esprimere la norma dell'equiparazione. Ad ogni modo se, e quanto, questo sospetto sia fondato è cosa che deve apparire dall'esame dei materiali che ci offrono le nostre fonti.

II.

fr. 8 § 3 D. 43-26 Ulpianus 71 *ad Edictum*:

« Eum quoque precario teneri voluit praetor, qui dolo fecit, ut habere desineret. illud adnotatur, quod culpam non praestat is, qui precario rogavit, sed solum dolum praestat, quamquam is, qui commodatum suscepit, non tantum dolum, sed etiam culpam praestat; nec immerito dolum solum praestat is, qui precario rogavit, cum totum hoc ex liberalitate descendat eius, qui precario concessit, et satis sit, si dolus tantum praestetur. [culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit] ».

Se è fuori di dubbio che le parole chiuse fra uncini esprimano il concetto dell'equiparazione [1]), presentandoci la *culpa dolo proxima*, ossia la *culpa lata*, come contenuta nel dolo (!), non è men certo, a mio avviso, che esse appartengano ai compilatori giustinianei. Quanto alla forma si osservi: « quis merito *dixerit* (!) » e « contineri ». Dove si contiene questa colpa che è vicina al dolo? [2]) L'espressione ci è anche indicata come sospetta dai compilatori del *Vocabularium Iurisprudentiae* (fasc. IV, pag. 1075). Basta poi un rapido sguardo all'intero § 3 per convincersi che abbiamo da fare con una palese aggiunta dei compilatori. Il giureconsulto commentando l'Editto (« ait

[1]) Vedi in tal senso anche il BURCHKARDT, op. cit. p. 28.

[2]) Il PERNICE, *Labeo* II, 1ª ediz. p. 396, crede che si debba pensare all'Editto e non al dolo come ablativo di *contineri*. La connessione del periodo finale col resto del fr. sta contro questa congettura. Ed in ogni caso il nostro rilievo non perde valore, chè il giureconsulto non avrebbe certamente omesso di indicare in che cosa si contenesse la *c. l.*

praetor: Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas » V. Lenel, *Edit perpétuel,* II, p. 233) insiste su ciò che si risponde del dolo *soltanto* [1]) (: - *solum dolum* praestat; *dolum solum* praestat is; *dolus tantum* praestetur) ed esplicitamente esclude la responsabilità per colpa, che contrappone al dolo. Non resta quindi posto per la colpa *lata*. Altrimenti dovrebbe ammettersi che il giurista concepisse questa colpa grave come una specie che non rientra nel genere; il che è per ogni verso da negare. Il termine *culpa*, adoperato in senso tecnico, comprende ogni gradazione di essa. Nè mancano dichiarazioni delle nostre fonti in proposito. Si veda, ad es., quanto afferma lo stesso Ulpiano nel fr. 31 § 12 D. 21-1 (lib. I ad Edictum Aedil.): « culpam omnem accipiemus, non utique latam ».

Che poi il principio dell'equiparazione (anzi qualche cosa di più dell'equiparazione, giacchè si dice addirittura che la *c. l.* è contenuta nel dolo) non appartenga ad Ulpiano, si può dimostrare in base alla constatazione di un'altra alterazione, fatta secondo la stessa direzione, dalla quale si desume che il diritto classico non era punto arrivato alla responsabilità per *culpa lata* del precarista.

fr. 8 § 6 h. t. Ulpianus 71 *ad Edictum*:

« Et generaliter erit dicendum, in restitutionem venire dolum [et culpam latam] duntaxat, cetera non venire. [plane post interdictum editum oportebit et dolum, et culpam, et omnem causam venire; nam ubi moram quis fecit precario, omnem causam debebit constituere] » [2]).

Qui l'incastro delle parole *et culpam latam* è evidente. Ulpiano non può averle scritte, se poco prima, pur rilevando l'analogia del precario col commodato, osserva, che a differenza del commodatario,

[1]) Anche in altri paragrafi dello stesso fr. 8 Ulpiano parla soltanto di responsabilità per dolo:

§ 5: « Si servitute usus non fuit is, qui precario rogavit, ac per hoc amissa sit, videamus an interdicto teneatur; ego arbitror non alias quam si dolo fecerit ».

§ 8: « Hoc interdicto heres eius, qui precario rogavit, tenetur, quemadmodum ipse, ut sive habet, sive dolo fecit, quominus haberet, vel ad se perveniret, teneatur; ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit ».

[2]) Da *Plane* in poi il testo è sospetto al PERNICE, *Labeo* II, II, 2ª ediz. p. 22, n. 2 (della p. 21). Secondo la stessa direzione sarebbe stata fatta l'interpolazione del fr. 14 § 11 D. 47-2 dello stesso Ulpiano : Plane - furti agere posse.

il quale è tenuto per dolo e per colpa (*lata*, quindi, e *levis*), il precarista risponde *soltanto* del dolo. Dalla contrapposizione risulta chiara l'esclusione di qualsiasi responsabilità per colpa.

Questa responsabilità per *culpa lata* del precarista, nonchè l'equiparazione di essa al dolo, si spiegano dal Pernice (*Labeo* II. 1ª ediz., pag. 396) e dal Burchkardt (op. cit. pag. 38) col carattere contrattuale che il precario venne via via assumendo. Anzi senz'altro, secondo il Burchkardt, lo sviluppo doveva essere completo al tempo di Ulpiano, cui egli crede appartenga il principio dell'equiparazione del cit. fr. 8 § 3. Però contro questa concezione forse si potrebbe osservare che il precarista, malgrado il vantaggio sia tutto per lui, non risponde per *culpa levis*. Ed in ogni modo è certo che nel diritto classico il precario non veniva considerato quale contratto [1]). Soltanto nel diritto giustinianeo esso è sostanzialmente un contratto obbligatorio, ed al concedente si dà un'*actio civilis* contro il precarista - V. Ferrini, *Pand.* pag. 672, Bonfante, *Istituz.* 3ª ediz., pag. 435, e per l'interp. dei fr. 2 § 2 e 19 § 2 D. 43-26 Gradenwitz, *Interpol.* pag. 128 e Bonfante, op. cit. pag. 435, n. 2 [2]). - Anzi in ciò potrebbe forse trovarsi un argomento, non irrilevante, in favore delle segnalate interpolazioni. Difatti, se è solo con Giustiniano che il precario diventa un contratto obbligatorio, non è anche verosimile che ad esso appartenga questo ulteriore regolamento della responsabilità del precarista? In altri termini il profilo storico disegnato dal Pernice, seguito in ciò dal Burchkardt, è perfettamente rispondente al reale svolgimento dell'istituto. Si deve però arrivare ai giustinianei per veder sorgere questa responsabilità contrattuale, la quale molto probabilmente ricevette stabile assetto solo coll'ingresso del precario nella categoria dei contratti. Finchè dura il periodo classico non è a parlare di rap-

[1]) Nel fr. 23. D. 50-17 Ulpiano annovera - è vero - il *precarium* fra i contratti, ma questo testo non è certamente una fonte sicura per la conoscenza del diritto classico. Si vedano i rilievi critici del Pernice, *Labeo* II, II, 2ª ediz. p. 147, ed i dubbi del Ferrini, *Stor. e teor. del contratto di commodato*, in « Archivio giuridico », 53, p. 47, sull'esattezza dell'enumerazione ulpianea.

[2]) Sicuramente alterato è il passo di Paolo, *Sent.* 5, 6, § 10. Il fr. 14 § 11 D. 47-2 (v. le osservazioni dello Scialoja, *Il possesso del precarista*, in « Studi per l'ottavo centen. della Univ. di Bologna », p. 232, n. 1) è anch'esso, molto probabilmente, interpolato (plane - agere posse). Lo stesso Scialoja (loc cit.) dichiara che il modo d'esprimersi d'Ulpiano non è molto felice.

porto obbligatorio fra concedente e precarista; questi difatti viene astretto alla restituzione della cosa in via interdittale.



fr. 1 § 2 D. 47-4 Ulpianus 38 *ad Edictum*:

« Non alias tenebitur iste libertus, quam si dolo quid dissipasse proponatur. culpa autem neglegentiaque servi post libertatem excusata est, [sed culpa dolo proxima dolum repraesentat]. proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, quamvis alias Aquilia tenetur ob hoc, quod damnum qualiterqualiter dederit. habet itaque certum finem ista actio, ut et dolo fecerit iste et post mortem domini, et ante hereditatem ceterum si sine dolo, aut dolo quidem, verum vivo domino, non tenebitur hac actione: quin immo etsi post mortem, post aditam tamen hereditatem, cessabit actio: nam ubi adita hereditas est, iam quasi liber conveniri potest ».

Anche in quest'altro frammento ulpianeo una frase pomposa sta ad indicare la regola della equiparazione. Mi pare però assai verosimile che essa non appartenga ad Ulpiano.

Questo giureconsulto nel fr. che esaminiamo commenta le parole *dolo malo* dell'Editto, conservatoci nel fr. 1 pr. h. t.: « Si dolo malo eius, qui liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem in bonis, quae eius fuerunt, qui eum liberum esse iusserit, factum esse dicetur, quo minus ex his bonis ad heredem aliquid perveniret, in eum intra annum utilem dupli iudicium datur ». V. Lenel. *Ĕdit perpétuel* II. pag. 55 e *Paling.* II, col. 680 n. 2. Ulpian. fr. 1062. Nell'editto quindi si aveva unicamente riguardo al dolo di questo liberto, dolo che costituisce il fondamento dell'azione contro di lui. Ciò è dovuto al fatto che si concepisce come delittuoso l'agire dello schiavo, liberato nel testamento, che sottrae dolosamente all'erede qualcosa dell'eredità Difatti nel fr. 1 § 17 h. t. si dice che l'azione compete ad *similitudinem* di quella *furti*, e Labeone (v. fr. 1 § 1, h. t.) afferma che essa è rivolta contro la *calliditas et protervitas eorum qui hereditates depopulantur*. Anche l'uso dei seguenti termini: « non esse impunitum eum » fr. 1 § 1, h. t.; « coerceri » ibid., « dupli actione coërcere » fr. 1 § 1, « ex delicto conveniri » fr. 1 § 19

accenna manifestamente alla penalità dell'azione, che ha carattere sussidiario (v. fr. 1 § 16 h. t.). Se teniamo poi conto di alcune speciali caratteristiche: - più autori rispondono in solido (*duplum*); la convenzione e prestazione dell'uno non libera gli altri v. fr. 1 § 19, h. t - appare ben chiara la natura penale di questa azione, modellata certamente sull' *actio furti* [1]).

Ma se così è si mostra assai inverosimile l'estensione alla *culpa lata* della responsabilità per dolo da parte dei classici. Se il dolo è l'elemento *essenziale* di questo delitto di cui ci siamo occupati, nelle conseguenze giuridiche stabilite per esso, non può incorrere chi è soltanto responsabile di colpa [2]).

Però non è soltanto in base a questa considerazione che si possono dimostrare inserite nel fr. ulpianeo le parole: « sed culpa dolo proxima dolum repraesentat ».

Basta contrapporre, come fa il giurista, l'irresponsabilità per colpa alla responsabilità per dolo (Non *alias* tenebitur iste libertus, quam si *dolo* quid... *culpa* autem... excusata est.) per veder anche qui logicamente esclusa la *culpa lata*. Nè, si aggiunga, è concepibile che Ulpiano, il quale scrive « culpa autem neglegentiaque servi post

[1]) V. fr. 1 § 1 D. h. t.: « non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coercerì posse intelligit spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati *furtum* fecit... ». fr. 1 § 17. h. t.: « Praeter hanc actionem esse et vindicationem rei constat, cum haec actio *ad similitudinem furti* competat ». fr. 1 § 19 h. t.: « . . Et cum ex delicto conveniantur, *exemplo furti* nullus eorum liberetur... ».

[2]) Questo è un principio che domina incontrastato nel campo del diritto penale romano. In un testo (fr. 7. D. 48-8) è anche *esplicitamente* escluso che la *culpa lata* possa sostituire il dolo. Io però non mi riferirò ad esso, chè mi sembra alterato nella parte che ci interessa, ma ad altre dichiarazioni delle nostre fonti, dalle quali, in applicazioni speciali, si desume che il comportamento semplicemente, per quanto grandemente, trascurato non fa incorrere nella punizione stabilita pel dolo.V. fr. 3 D. 11-13 e fr. 50 § 4 D. 47-2 e cfr. BINDING, *Die Normen*, II, p. 386), il quale, senza una sufficiente giustificazione, vede una eccezione nella equiparazione che ha il nostro fr. 1 § 2 D. 47-4 Così pure si esamini il § 3 delle sentenze di Paolo (V, 23) - consilium enim uniuscuiusque, non factum punien dum est - in connessione col § 12 (V-23). Talora nei delitti privati - è vero - è sufficiente il contegno negligente, così nell'azione *ex lege Aquilia*, ma ciò costituisce una eccezione, giustificata dal fatto che la pena è più che altro nominale ed ha in sostanza funzione di risarcimento. Cfr. FERRINI, *Dir. pen. rom.* p. 53. Questa è anche la ragione per cui il delitto aquiliano si distingue fortemente dagli altri delitti privati. V. lo stesso FERRINI, op. cit., p. 250.

libertatem excusata est », continui dicendo « sed culpa dolo proxima dolum repraesentat », cioè, « ma per quella colpa che è vicina al dolo si deve rispondere (che essa rappresenta il dolo per cui si è tenuti) ». La *culpa* o *neglegentia*, come si è già osservato, non rappresenta forse il *genus* in cui rientra certamente la *culpa lata* come specie? Di più il giureconsulto difficilmente avrebbe affermato che il liberto non è altrimenti tenuto che se dolosamente sottrasse alcunchè, se avesse conosciuto un altro caso, all'infuori di quello del dolo, di responsabilità, cioè per grave colpa.

Se per poco proviamo a togliere l'inciso dal testo, questo corre benissimo, ed ogni vizio logico sparisce. In ciò si può anche trovare una riprova dell'avvenuta alterazione.

✠

fr. 1 § 1 D. 11-6. Ulpianus 24 *ad Edictum*:

« Haec actio dolum malum duntaxat exigit: visum est enim, satis abundeque coërceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est. proinde, si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit: sed et si neglegenter, aeque mensor securus erit: [lata culpa plane dolo comparabitur]. sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba edicti (formulae scr.?) [1]; utique enim scit praetor et mercede eos intervenire ».

Questo è l'unico testo che parli di *comparazione* della *culpa lata* al dolo, ed uno dei pochi che mettano in rilievo la norma dell'equiparazione con frasi meno caricate. Tuttavia non mancano buone ragioni per ritenere emblematico l'inciso « lata culpa plane dolo comparabitur ». Si noti anzi tutto - ripetendo un'osservazione già fatta - che la responsabilità del *mensor* per *c. l.* resta esclusa per la considerazione che il giureconsulto ci dice espressamente che costui è *soltanto* tenuto per dolo (haec actio dolum malum *duntaxat* exigit; *satis abundeque coërceri*, si *dolus malus solus* puniatur), ed aggiunge esplicitamente che per la *imperitia* e la *neglegentia* aeque

[1] V. LENEL, *Paling.* II, col. 555,n. 3. Ulpian. 712; *Édit.* I, p. 250.

securus erit. Un altro indizio ci è fornito da quel *plane* che serve per cucire l'aggiunta. Osserva poi giustamente il Pernice (*Labeo* II, II, 2ª ediz. pag. 175 n. 3) che il periodo « lata culpa - comparabitur » interrompe la concatenazione logica del passo, e ciò che immediatamente segue si annoda a quello che precede come se esso non esistesse.

Nella formula dell'*actio in factum* proposta *adversus mensorem qui falsum modum dixerit* si aveva unicamente riguardo al dolo malo (S p. N^m N^m ... agri q d. a. modum falsum renuntiasse – V. Lenel, *Édit.* I, pag 249), cui si riferisce Ulpiano in questo fr. 1 § 1 (V. Lenel, *Paling.* II, col. 555, n. 2. Ulpian. 712). Ora contro la possibilità dell'estensione, nello stesso diritto classico, dell'originaria responsabilità si potrebbe anche addurre la natura penale di quest'*actio in factum* accordata contro il *mensor*. Certamente l'assenza di responsabilità negli eredi (fr. 3 § 5 D. 11-6) e la *noxae deditio* (fr. 3 § 6 ibid) stanno in favore di tale natura [1]. Lo stesso si dica riguardo all'uso di taluni termini adoperati per designare la repressione del fatto: *coërceri, puniri.*

Il repentino cambiamento della costruzione rende sospetto al Pernice (op. cit, pag. 175, n. 3) il periodo finale. Occorre però osservare che anche quando lo si voglia attribuire ad Ulpiano, non per questo perde valore la fondata congettura dell'interpolazione dell'inciso riguardante l'equiparazione della *c. l.* al dolo. La responsabilità per colpa (non però per ogni colpa) si riferirebbe unicamente al caso speciale in cui il *mensor* riceve un compenso.

[1]) Si noti però che alcuni caratteri sono perfettamente contrari alla penalità dell'azione, così l'effetto liberatorio che ha qui la *contestatio litis* con uno di più *mensores*. ai quali sia stato affidato il lavoro - fr. 3 pr. D. 11-6 - Anche fra gli stessi giureconsulti si avverte una spiccata tendenza a non considerare la responsabilità del *mensor* sulla base delittuosa di essa. V Paolo – fr. 4 D. h. t. - e persino Ulpiano - fr. 1 pr. h t. - il quale parla di cotesta responsabilità come di una *obligatio ex delicto*, ma non soltanto come se derivante da delitto. Cfr. su tutto ciò Pernice, op. cit. p. 174. Ad ogni modo si deve rilevare che ancora al tempo di Pomponio si dà a preferenza l'azione nossale, malgrado competa quella *de peculio*. V. fr. 3 § 6 D. h. t.: « Servi autem nomine magis noxale, quam de peculio competere ait, quamvis civilis actio de peculio competat ».

♆

fr. 5 § 15 D. 36-4. Ulpianus 52 *ad Edictum*:

« Dolum accipere debemus [et culpam latam, sed] non omnem [dolum], sed qui in necem legatariorum et fideicommissariorum factus est ».

Poichè qui Ulpiano, commentando l'Editto, si riferiva alle parole: « ... in possessionem bonorum, quae in causa hereditaria erunt dolove malo heredis esse desierint » (V. Lenel, *Paling.* II, col. 740, n. 3. Ulpian. 1254; *Edit.* II, p. 99), e interpretava - così si crede - il termine dolo in maniera da comprendere anche la *culpa lata*, giustamente si adduce questo testo a proposito dell'equiparazione. Non ci vuol molto però ad accorgersi che ci troviamo in presenza di un testo alterato Il Pernice (*Labeo* II, 1ª ediz. p. 402) per quanto non avverta l'interpolazione, pure non può trattenersi dal rilevare l'infelice fattura del fr. che egli dice *unglückselig stilisierte*. Perchè ciò che vi si dice corra abbastanza dal lato della forma, occorre eliminare « et culpam lata sed » e fors'anche « dolum ». Ora appunto è molto verosimile che queste parole le abbiano interpolate i compilatori per estendere sino alla *culpa lata* la responsabilità dell'erede, che nel fr. genuino di Ulpiano trovavano limitata al solo dolo. L'Editto si riferiva unicamente a questo dolo (v fr. 5 § 13, h. t. dello stesso Ulpiano), e l'estensione che si ha nel nostro testo non è conosciuta, nè da Ulpiano, nè da altri. Si vedano i segg. frammenti:

fr. 5 § 5. h. t. Ulpian. 52 *ad Edictum:*

« Qui in possessionem legatorum servandorum causa mittitur, in possessionem quidem rerum hereditariarum omnimodo veniet, hoc est earum, quae in causa hereditaria manent; earum autem, quae in causa hereditaria non erunt, *non alias mittitur, quam si dolo malo* in ea causa esse desierint, nec semper, sed causa cognita »; fr. 8 D. h. t. Papinianus 6 Quaestionum; fr. 15 D. h. t. Valens 7 Actionum.

Del resto si spiega assai bene come il diritto classico non sia andato, riguardo alla responsabilità dell'erede, sino alla grave negligenza. Era il dolo che si aveva di mira, ma non ogni dolo, sibbene quello commesso *in necem legatariorum*, cioè l'intenzione di pre-

giudicare i diritti dei legatari, ecc. Ora in atti di *culpa lata* dell'erede, mediante i quali dei beni cessino dall'essere in causa *hereditaria*, non si può rinvenire la benchè menoma intenzione di danneggiare questi creditori. E qui mi pare che soccorra l'analogia, rilevata anche dal Pernice (op. e loc. cit.), coll'*actio Paulliana* il cui *in fraudem creditorum* corrisponde perfettamente al nostro *in necem legatariorum* (conf. fr 15 D. 36-4 = in fraudem creditoris =). Certamente, per quanto la protezione dell'interesse del creditore potesse consigliare e giustificare l'estensione del dolo [1]), non venne in mente ai giuristi romani di equiparare la *culpa lata* del debitore al *consilium fraudis*.

Ψ

fr. 7 § 1 D. 26-10. Ulpianus I *de omnibus tribunalibus*:

« Si fraus non sit admissa, sed lata neglegentia; quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet ».

La *fraus* di cui prima si discorre e la stessa motivazione « *quia* prope fraudem accedit » rendono manifesto che anche in questo fr. si contenga la norma dell'equiparazione. Si veda difatti come i Basilici (XXXVII, 10. VI) rendono il testo:

καὶ διὰ μεγάλην ἀμέλειαν ὡς ὕποπτος ἀποκινεῖται· ἀυτὶ γαρ δόλου παραλαμβάνεται.

Le ragioni di forma - e sono queste soltanto per lui - che inducono il Pernice (*Labeo* II, II, 2ª ediz. pag. 186, n. 4) a sospettare che questo testo sia stato alterato dai compilatori, non sembreranno irrilevanti: - *admittere neglegentiam*! [2]) *Ista*! - Ad esse però è da aggiungere che quell'*hunc* arriva inaspettato anche perchè poco prima (pr. del fr.) s'è parlato dallo stesso giureconsulto di tutori al plurale: - « Impuribus quidem non permittitur suspectos facere; adolescentibus plane

[1]) È questo interesse del creditore (legatario), oltre al rapporto tra erede e legatario, che si prende a base dal BURCHKARDT (op. cit. p. 51) per giustificare l'estensione della responsabilità dell'erede.

[2]) Certamente la frase è insolita. I giuristi dicono sì *admittere culpam*, mai però, come in questo caso, *admittere neglegentiam*. V. *Vocab. Iurispr.* v. *admitto*, fasc. II, p. 236.

volentibus suspectos facere curatores suos permittitur, dummodo ex consilio necessariorum id faciant ».

Se poi si pon mente ai rilievi sostanziali, questi sono tali da non lasciare il menomo dubbio sull'intervento dei compilatori in questo fr. Evidentemente qui si equipara la rimozione del tutore per grave negligenza a quella avvenuta per dolo. L'effetto di questa parificazione non può non essere l'infamia che colpirebbe anche il tutore oltremodo negligente. A questo modo si interpreta giustamente il passo (v. per tutti Burchkardt, op. cit. pag. 124). Ora va notato che ciò è in contraddizione aperta con altre testimonianze delle nostre fonti, dalle quali si rileva precisamente che il tutore rimosso per negligenza non incorre nell'infamia.

c. 9 C. 5-43: « Suspectos tutores ex dolo, non etiam eos, qui ob neglegentiam remoti sunt, infames fieri, manifestum est ».

§ 6 I. 1-26: « Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est; si ob culpam, non aeque ».

Anzi la contrapposizione della colpa al dolo, che abbiamo in tutti e due i testi, esclude affatto che nel dolo si debba comprendere la *culpa lata*. Per altro, anche senza queste prove categoriche, si potrebbe ugualmente dimostrare l'enormità ed erroneità del principio che estende l'infamia, in cui cade certamente il tutore rimosso per dolo, anche al comportamento grandemente trascurato. L'infamia non è che una sanzione del *crimen suspecti tutoris* [1]). Ma in materia di delitti pei quali il dolo è l'elemento essenziale (così nel caso nostro riguardo all'infamia), chi vorrà sostenere che le pene debbono colpire ugualmente chi è soltanto in colpa?

Chi in forza di questi argomenti non volesse vedere nel nostro testo stabilito il principio, che anche il tutore, rimosso per grave negligenza, deve sottostare alle stesse conseguenze giuridiche del dolo, incorrendo perciò nell'infamia, ma invece fermata la norma che la negligenza grave basti per fondare l'*accusatio suspecti*, non colpirebbe la vera portata della dichiarazione contenuta nell'esaminato fr. Difatti dessa deve pur avere un significato, se si *tenta* di estendere

[1]) Se la mala gestione del tutore riveste il carattere di delitto, il *suspectus* viene rimesso al procedimento penale ordinario - fr. 1 § 8 D. 26-10: « Apud praetorem accusatus remittitur ad praefectum urbis graviter puniendus ». V. FERRINI, *Dir. pen. rom.* p. 28.

la responsabilità per dolo sino a comprendere quella per *c. l.*, e se, d' altro canto, è stabile regola che la colpa (questa naturalmente abbraccia anche la *lata neglegentia*) sia sufficiente per la *postulatio suspecti tutoris.* - v. fr. 3 § 17 e 18; 4 § 4 D. 26-10; fr. 6 D. 27. 2. - Ne è inoltre presumibile che Ulpiano nel cit. fr. 7 § 1 tenti, interpretando *fraus*, di ampliarne la portata sì da includervi la *culpa lata*, lo stesso Ulpiano cui appartiene il fr 3 § 17 e 18, e che conosce il principio pel quale la *segnitia* o *rusticitas, inertia, simplicitas, ineptia* - termini tutti con cui si designa la colpa in genere e non un determinato grado di essa [1]) - basta per la rimozione del tutore. Non può nemmeno questa colpa grave, entro il campo della responsabilità del tutore, rappresentare il punto di transizione dalla responsabilità per dolo a quella per colpa lieve. Niente vi ha nelle fonti che ci attesti questo progressivo sviluppo attraverso la *c. l.*

Il Burchkardt (op. cit. pag. 124), il quale crede classica l' estensione, pensa che dessa costituisca un' innovazione dovuta a ragioni - egli le dice *rechtspolitische* - che riescirono ad imporsi, e simili a quelle che determinarono il provvedimento della rimozione del tutore nel caso del fr 6 D. 27-2. Ma si deve, come è ovvio, osservare in contrario, ripetendo una cosa già detta, che i giuristi romani, per quanto grave fosse, nel caso concreto, la negligenza del tutore, mai si sarebbero spinti ad equiparare in questa materia un atto di *culpa lata* ad un atto di dolo Ed a questo appunto essi sarebbero arrivati attribuendo lo stesso effetto, l' infamia, ai due essenzialmente diversi comportamenti del tutore, doloso l' uno, colposo l' altro.

✠

Abbiamo testè osservato a proposito di un *iudicium bonae fidei*, in riguardo ad una speciale applicazione, che il principio dell' equiparazione appartiene ai compilatori giustinianei; ora lo stesso rilievo dovrà farsi relativamente ad altri due giudizî di buona fede, il mandato e il deposito.

[1]) Ciò è rilevato anche dal PERNICE, op. cit. p. 186.

fr. 29 pr. D. 17-17. Ulpianus *Disputationum*:

« Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id, quod solverit, quaeritur. et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli, vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta enim neglegentia prope dolum est... ».

È fuori di dubbio che le parole « videtur dolo versari, dissoluta enim neglegentia prope dolum est » esprimano il concetto dell'equiparazione. L'Anonimo difatti (Basil. XIV, tit I, 29, 7), il quale richiama gli altri luoghi della compilazione in cui si contiene l'equazione: « *culpa lata* = *dolus* », dice chiaramente che qui τὴν λάταμ κούλπαμ δόλον εἶπε. Però è anche certo che il testo appartiene ai compilatori giustinianei, come ha rilevato il Gradenwitz (*Interpol.* p. 33; v. anche Lenel, *Paling.* II, col. 412, n. 1. Ulpian. 130), al quale rimando per la dimostrazione dell'alterazione. Qui noterò soltanto che nel fr. 8 § 10 D. 17-1, Ulpianus 31 ad Edictum, l'interpolazione, con valore formale, dirò, della *culpa lata* vale, a mio avviso, a corroborare la congettura che il principio dell'equiparazione della *c. l.* al dolo, nei riguardi della responsabilità derivante dal mandato, sia di diritto nuovo.

« Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi ut restituas. sed et si dolo malo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) [aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere)] teneberis. sed et si servus, quem emisti fugit, si quidem dolo tuo teneberis; si dolus non intervenit, nec culpa, non teneberis... ».

Il Pernice (*Labeo* II, 1ª ediz., pag. 404), il quale tenta una interpretazione di questo passo, che egli stesso chiama un ripiego, sebbene con molte riserve, non esclude la possibilità che il testo sia stato alterato. A me pare che faccia d'uopo vincere la remissività del romanista tedesco in forza delle seguenti considerazioni.

L'esempio di *culpa lata* addotto nel testo presuppone una intenzione [1])

[1]) E allora non c'è giá tanto che basti a costituire il mandatario in dolo? Qui siamo in un caso di inadempimento della obbligazione assunta. Ora riguardo a questa inadempienza è doloso ogni atto compiuto intenzionalmente dal debitore contrariamente al contenuto della sua obbligazione. Il mandatario, il quale per riguardo di amicizia si lascia prevenire ed omette quálche passo che gli avrebbe assicurato l'esito del negozio, compie appunto intenzionalmente un atto contrario

Ciò è ammesso dallo stesso Pernice [1]). Di più il motivo dell'inazione del mandatario (*gratia*) viene giudicato nelle nostre fonti, in altre applicazioni, come intenzione dolosa [2]). A tutto questo si deve inoltre aggiungere che è lo stesso Ulpiano, cui appartiene il fr. 8 § 10 cit., che mette assieme fra i casi di dolo lo agire per gretto egoismo (*sordide*) e quello per favoritismo (*gratia*). V. fr. 7 § 8 D. 4-4 Ulpian. XI ad Edictum; fr. 7 § 2 D. 26-7. Ulpian. XXXV ad Edictum. In fine non va dimenticato che il giureconsulto tratta poco dopo della responsabilità del mandatario per colpa.

Ma la rilevata interpolazione delle parole: « aut si lata culpa, forte si gratia ductus passus es alium emere », che ha un puro valore formale, poichè è certo che il mandatario nel dir. classico rispondeva anche per la colpa, dimostra appunto come i compilatori cerchino *accanto* al dolo di mettere in rilievo questa responsabilità per *culpa lata*, che secondo essi, come usan dire, è compresa nel dolo.

✠

fr. 1 § 5 D. 44-7. Gaius II *Aureorum*:

« Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re, quam acceperit, restituenda tenetur. sed is etiamsi neglegenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius, a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: neglegentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. [magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere].

al contenuto della obbligazione che gli incombe. — Sulla quistione se a costituire il dolo nel senso romano occorra anche un impulso pravo e malvagio v. FERRINI, *Dir. pen. rom.* p. 53 segg., il quale giustamente combatte la teoria del Binding.

[1]) loc. cit. Cfr. anche WINDSCHEID, *Dir. delle Pand.* vol. I, § 101, p. 409, n. 10 della traduz. ital., il quale pure implicitamente ritiene che nell'es. di *c. l.* del cit. fr. 8 § 10 si presupponga una intenzione.

[2]) fr. 15 § 1 D. 5-1: « *dolo malo* videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel *gratia* vel inimicitia vel etiam *sordes* »; fr. 1 § 2 D. 27-8: « si *deceperunt*, *gratia* forte vel *pecunia* renuntiantes »; fr. 1 § 14 D. 38-5; fr. 7 § 2 D. 26-7; fr. 4 D. 29-4; fr. 3 § 1 D. 4-8; fr. 26 § 4 D. 4-6; fr. 7 § 8 D. 4-4 ed altri luoghi citati dal PERNICE (p. 404, n. 44).

Una serie di argomenti, di cui alcuni sono stati già addotti, - v. Pernice, *Labeo* II, II, 2ª ediz. pag. 214 - prova chiaramente il tribonianismo. Gaio non avrebbe parlato di un *crimen doli* (!), nè tanto meno avrebbe usato l'ablativo (in doli *crimine*) invece dell'accusativo.

Mentre prima si afferma che il depositario *neglegentiae nomine non tenetur*, poi lo si dichiara responsabile per *magna neglegentia!*

In molti luoghi delle nostre fonti è esplicitamente detto che « in deposito dolus duntaxat praestatur »[1]). Ora, come è evidente, non resta posto per la colpa *lata*, quando si dice che *solo* del dolo si dovrà rispondere. Lo stesso Gaio (III, § 207) s'esprime in maniera da escluderla: « Sed is apud quem res deposita est custodiam non praestat *tantumque* in eo obnoxius est, si quid ipse dolo ⟨malo⟩ fecerit ».

Il confronto[2]) poi della c. 1. C. 4-34 colla stessa costituzione inserita nella *Collatio* 10-8, 1, ci prova luminosamente che il diritto classico non conosceva ancora la responsabilità del depositario per *culpa lata*.

Il fr. 11 D. 16-3 in cui si dichiara il depositario responsabile per colpa è manifestamente interpolato: [hoc est, ut nec culpae quidem suspicio sit] V. Pernice, *Labeo* II, 1ª ediz., pag. 417; II, I, 2ª ediz. pagina 171, n. 1.; II, II, 2ª ediz. pag. 215 e n. 2; Eisele, *Zschr. f. RG.* N. F. 11, 6.

[1]) fr. 3 § 1 D. 4-9; 5 § 2 D. 13-6; fr. 6 ibid.; 16 D. 13-1; 23 D. 50-17; 1 § 10, § 47 D. 16-3; 13 pr. 17 § 2; 20 D. 19-5; 14 § 3 D. 47-2; Coll. 10-7-6; 10-2-1; 10-5-1; § 3 I. III-14.

[2]) *c. 1 C. 4-34.*

Si incursu latronum [*vel alio fortuito casu*] ornamenta deposita apud interfectum perierint, detrimentum ad heredem eius, qui depositum accepit, qui dolum solum [*et latam culpam*, si non aliud specialiter convenit,] praestare debuit, non pertinet, Quod si praetextu latrocinii commissi [*vel alterius fortuiti casus*] res, quae in potestate heredis sunt vel quas dolo desiit possidere, non restituuntur, tam depositi, quam ad exhibendum actio, sed et in rem vindicatio competit.

Coll. 10-8.

Imp. Alexander A. Mestrio militi. Incursu latronum ornamenta deposita apud interfectum ab eis perierunt: detrimentum ad heredes eius qui depositum accepit, qui dolum tantum praestare debuit, non pertinet. Quod si praetextu latrocinii commissi res, quae in potestate heredis sunt, non restituuntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed et in rem vindicatio competit. Prop. VII kal. Iul. Maximo bis et Urbano conss.

Mi pare anche alterato, secondo la stessa direzione delle altre interpolazioni rilevate in materia di deposito, il fr. 7 D. 16-3: [dolo proximum esse - quam decipere] [1]). Qui Ulpiano dichiarerebbe che il depositario è tenuto per grave negligenza, per quella colpa cioè che è *dolo proxima* [2]).

La ragione addotta per giustificare la decisione è sciocca = « cum posset non suscipere talem causam quam decipere ». E poi *decipere*? Il depositario si lascia soltanto vincere dalla misericordia, non vuole punto ingannare. Se avesse questa ingannevole intenzione, verserebbe in dolo bello e buono. L'identico motivo pietoso (*misericordia*), lontano perciò da qualsiasi dolo, assicura l'irresponsabilità nel caso del fr. 5 D. 11-3, dello stesso Ulpiano (23 ad Edictum): « Doli verbum etiam ad eum, qui recepit, referendum est, ut non alius teneatur, nisi qui dolo malo fecerit; ceterum si quis, ut domino custodiret, recepit vel humanitate vel misericordia ductus, [vel alia probata atque iusta ratione] non tenebitur ».

È ben vero che qui non siamo, come nell'ipotesi dianzi esaminata del depositario, il quale slega lo schiavo destinato alla tortura, in tema d'inadempimento di obbligazione contrattuale preesistente (V. Scialoja, *Lezioni* cit. pag. 330 e Ferrini, *Dir. pen. rom.* pag 57), ma è sempre notevole che di fronte al dolo cui si riferiva l'Editto contro la ricezione di schiavi fuggitivi, il giureconsulto escluda ogni responsabilità per lo stesso atto, che nel caso di deposito si dichiara prossimo al dolo. E per vero anche riguardo al deposito l'Editto si dirigeva unicamente contro il dolo.

Ora tutto ciò contribuisce sicuramente alla dimostrazione dell'alterazione del fr. gaiano, che ci presenta il principio dell'equiparazione.

[1]) Di questo fr. 7 cit. io dovrò occuparmi ancora, nel corso di questo lavoro, allorchè esaminerò i testi in cui la responsabilità per *culpa lata* appare dovuta ai compilatori giustinianei. Ne tratto quindi qui solo perchè la constatazione di quest'altra interpolazione serve indubbiamente alla dimostrazione dell'alterazione del cit. fr. di Gaio, che reca il principio dell'equiparazione.

[2]) Mi pare fuori di dubbio che con *dolo proximum esse* si designi la *culpa lata*. Cfr. BINDING, *Die Normen* II, p. 344, n. 516.

fr. 32 D. 16-3. Celsus XI *Digestorum*:

« Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit ».

Da questo famoso [1]) testo bisogna innanzi tutto togliere le parole finali *nec enim* etc. e l'inciso *nisi* — in *deposito praestat.* L'interpolazione si dimostra col considerare che secondo il diritto classico il depositario non rispondeva per colpa, e che s'incontrano difficoltà insuperabili [2]), ove si voglia porre questa infelice dichiarazione (così la chiama anche il Pernice II, 1ª ediz. pag. 366) in armonia colla teoria della colpa.

Eliminando però gli accenni alla colpa del depositario si avrà il dettato originario di Celso? Lo crede il Lusignani (op. cit. pag. 110), il quale opina che il testo dovesse dire così:

« Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat curam in deposito praestat, fraude non caret ».

A me non pare che Celso *possa avere scritto* in questo modo. Eccone le ragioni:

a) L'intonazione del discorso di Celso, il quale riferisce il dissenso tra Nerva e Proculo e dichiara di accogliere l'avviso di quello,

[1]) Sui numerosi tentativi d'interpretazione di questo fr. 32 si veda principalmente Hasse, *Die Culpa des Röm. recht.* 2ª ediz. § 63, p. 195 segg.; Burchkardt, op. cit. p. 22 segg.; Pernice, *Labeo* II, 1ª ediz. p. 366 sgg. e II, II, 2ª ediz. p. 202 e 215. Altre indicazioni dà il Lusignani, *Responsabilità per custodia* II, p. 108, n. 105.

[2]) La colpa in concreto, la quale in genere è presentata nelle fonti come un attenuamento di responsabilità, si eguaglia allo stesso dolo. (Cfr. come il passo è stato interpretato nei Basilici (XIII, 2, 32) e ciò che dice Stefano. La negligenza, che il negligente sa evitare negli affari propri, viene designata con l'espressione *culpa lata*; il che, come è costretto a confessare lo stesso Windscheid (*Pand.* I, § 101, n. 10, p. 409 delle trad. ital.), è senza esempio nelle nostre fonti. (Il fr. 23(22) § 3 D. 36-1 è interpolato. Cfr. Pernice, *Labeo* II, II, 2ª ediz. p. 219).

e la stessa maniera onde si continua a dire: *nam et si quis*, lasciano aspettare senza dubbio la giustificazione del principio controverso. Ma quella che si dà nel testo, chi si sente disposto ad attribuirla a Celso? Celso direbbe: l'equiparazione della *culpa lata* al dolo a me sembra verissima, perchè versa in dolo (*fraude non caret*) chi non sia diligente in quella misura che si richiede dalla natura degli uomini. Ora se con queste parole si allude (Conf. Mommsen, *Beiträge* III, pag. 389) alla *diligentia diligentis patris familiae*[1]) chi versa in colpa lieve *fraude*[2]) *non caret*!

b) Sono certamente i commissarî di Giustiniano che applicano alla responsabilità del depositario la norma *culpa lata dolo comparabitur*. Confr. 1 § 5 D 44-7 [magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere].

c) Secondo Celso, già Nerva avrebbe detto addirittura che la *culpa lata* è dolo. Anche ciò è sorprendente. Fin dal suo primo apparire la regola sarebbe stata espressa in maniera tanto accentuata. Verosimile potrebbe invece, se mai, essere il procedimento inverso, che cioè i giureconsulti, abituati ad equiparare, in ordine agli effetti giuridici, la *c. l.* al dolo, abbian finito per dire che la *culpa lata* e il dolo (da un punto di vista pratico ed esterno) sono la stessa cosa.

In base a queste considerazioni non mi sembra temerario il sospetto che la mano dei compilatori non si sia limitata soltanto ad introdurre il duplice accenno alla «diligentia quam suis». Si tenga presente che anche coloro, i quali (v. Ferrini, *Pand.*, pag. 578) ritengono il fr. per intero genuino, non possono fare a meno di dichiarare che nel fr. celsino il concetto dell'equiparazione è *mal certo* e *male espresso*. Questa incertezza, questa infelicità d'espressione cresce a dismisura

---

[1]) Anche lo Scialoja (*Lezioni sul diritto delle obbligazioni*, raccolte dal dott. Rostaing, p. 350) traduce: «chi non impieghi quella diligenza media che costituisce il tipo normale...».

Del resto, anche ammesso, il che non pare probabile, che con quelle parole il giurista volesse alludere alla colpa grave del depositario, il ragionamento risulterebbe sempre strano Difatti per giustificare il principio dell'equiparazione si direbbe: la culpa lata è dolo, perchè chi versa in colpa lata è in dolo!!

[2]) Il Pernice (*Labeo* II, 1ª ediz. p. 367 e n. 24, cfr. anche II, 1I, 2ª ediz. p. 202) scrive che *fraude non caret* vuol dire lo stesso che *salva fides non est*. Va però notato che l'intero ragionamento mira alla giustificazione dell'equazione culpa lata = dolus.

colla assai certa eliminazione dei due incisi, che riguardano la *diligentia* del depositario.

La classicità, desunta da questo fr. 32, del principio dell'equiparazione non si mostra più sicura riferendo il testo, come fa il Pernice (*Labeo* II, II, 2ª ediz., pag. 202 e 215. Confr. *Paling.* I, col. 142, Cels 91), alla tutela. Di vero poichè le parole finali si debbono togliere egualmente (la *culpa in concreto* di cui dovrebbe rispondere il tutore risulta interpolata nei fr. 33 pr. D. 26-7; 57, pr. D. 26-7, 1 pr. D. 27-3) [1]), permane la segnalata incongruenza per cui la colpa lieve sarebbe dolo. E vi ha di più. Nelle fonti non ci è attestato che il principio dell'equiparazione valga negli altri giudizî di buona fede. Solo a proposito del mandato e del deposito è espressa l'equazione *culpa lata* = *dolus*, ma qui essa è dovuta, come abbiamo dianzi dimostrato, ai compilatori giustinianei.

Inoltre non pare nemmeno si possa con *sicurezza* invocare a favore della classicità del principio dell'equiparazione in rapporto all'*iudicium tutelae* la considerazione che di questa norma si sarebbe servito il diritto classico per estendere l'originaria responsabilità, limitata al solo dolo, del tutore. Intanto non si può, in modo certo, dimostrare che il tutore sin dall'inizio rispondesse del dolo soltanto. Parrebbe anzi che sin da principio nell'*actio tutelae* si devolvessero tutti gli altri danni (oltre le sottrazioni) che il tutore avesse recato al pupillo per dolo o colpa [2]). E ad ogni modo non ci manca l'esempio di un *b. f. iudicium*, il mandato, riguardo al quale mentre dall'un canto sembra certa l'originaria responsabilità del mandatario per solo

[1]) fr. 1 pr. D. 27-3 [praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam]; fr. 33 pr. D. 26-7 [rebus suis]; fr. 57 pr. D. 26-7 interp. in fine. V. LUSIGNANI, op. cit. p. 102-103; FERRINI, *Pand* p. 947, n. 3; PERNICE, *Parerga*, VII, p. 53 e *Labeo* II, II, 2ª ediz. p. 204; EISELE, *Zeitsch. der Sav. Stift. für Rechtsg.* XIII, p. 128, e pel fr. 57 FERRINI, *Pand.* loc. cit.; GRADENWITZ, *Zeitsch.* cit. VII, p. 81. V. anche BONFANTE, *Istituzioni*, 3ª ediz. p. 203, n. 1.

[2]) Sembrano argomenti non irrilevanti in favore di questo assunto, la ragione, sebbene forse non esclusiva, dell'introduzione dell'*actio tutelae* (l'*actio rationibus distrahendis*, di natura penale, non colpiva gli atti e le omissioni colpose del tutore), la sua analogia coll'*actio negotiorum gestorum*, con cui si reprime sì il dolo che la colpa del *negotiorum gestor* (v. fr. 10 D. 3-5 Pompon. ad Q. Mucium e su di esso PERNICE, II, II, 2ª ediz. p. 196. n. 4), e la *bona fides* che domina l'*iudicium tutelae* (l'*a. tutelae* figura già nell'enumerazione delle azioni di b. f. fatta da Q. Mucio Scevola e riferitaci da Cicerone, *De Off.* 3-17-70). Si veda anche KARLOWA, *Röm. Rechtsg.* II, p. 291.

dolo [1]), pure non si può dire che all'estensione di essa abbia giovato la norma dell'equiparazione, la quale, come abbiamo già visto non appartiene ai classici, ma ai giustinianei.

✞

Vengono ora due testi in cui il concetto dell'equiparazione è espresso come regola generale, senza riguardo ad una speciale applicazione.

fr. 226 D. 50-16. Paulus I *Manualium*: (V. Lenel, *Paling.* I. col. 1138, n. 1. Paul. 1004) « Magna neglegentia culpa est: magna culpa dolus est ».

Poichè questo testo, come dimostrano chiaramente e il modo onde esso è concepito ed il titolo sotto il quale è posto, ha indubbiamente una portata generale, anche la necessità avvertita dagli interpreti [2]) di limitare quest'ultima a speciali rapporti, non può non svegliare il sospetto che il fr. non sia genuino. Ma vi ha di più. I frammenti relativi a questi speciali rapporti noi li abbiamo già esaminati, e se in essi il principio dell'equiparazione risulta costantemente interpolato, chi vorrà più credere che questo fr., *almeno così come è formulato*, possa appartenere al giureconsulto cui viene attribuito? Va anche notato che il testo,

[1]) Il Karlowa, op. cit. II. p. 666 cita il noto passo di Cicerone, pro S. Roscio A. 38. 111, per dire che al tempo di Cicerone il principio della responsabilità per colpa del mandatario valeva come regola già stabilita dai *maiores*. Anche il Pernice, *Labeo*, II, II, 2ª ediz. p. 191 (contro Huschke) si fonda sulla notizia dataci da Cicerone. Egli però non può fare a meno di dichiarare che soltanto tardi giureconsulti e costituzioni imperiali conoscono il principio della responsabilità del mandatario per mancanza di diligenza (fr. 8 § 10 D. 17-1. Ulpian. c. 11, c. 13, c. 24, mand. 4-35). Ora ciò sarebbe affatto inspiegabile, se effettivamente sin dal principio dell'impero il mandatario si fosse tenuto responsabile per colpa. Gli è per questo che pare più accettabile l'opinione del Ferrini, *Pand.* p. 579, n. 5, il quale crede che solo tardi il mandatario si tenesse responsabile per negligenza. Del resto anche lo stesso Pernice non esclude che vi sia stato un tempo in cui il mandatario era tenuto pel solo dolo. Si cfr. anche *Coll.* 10, 2 § 3. Ma sul valore dello schema di Modestino si veda Pernice, op. cit. p. 151 segg.

[2]) Lo Ihering, *Gesammelte Aufsätze* I, p. 336, n. 13) ha già osservato come questa legge affatto generale, nonostante la sua apparente generalità, si debba, al pari di molte altre leggi dello stesso titolo, limitare a speciali rapporti.

di fattura poco felice [1]), si presenta come un vero e proprio giuoco di parole. Per dire che la *culpa lata* è dolo, si comincia a rilevare – e in qual modo! - che la grave negligenza è colpa [2]). Ora il primo membro « magna neglegentia culpa est » (dell'antitesi? della comparazione?) non sta in alcun rapporto logico col secondo « magna culpa dolus est ». La stessa espressione « *magna* culpa » è insolita. Nelle fonti questa colpa grave si designa con « culpa gravior » fr. 54 § 2 D. 41-1 « culpa nimia » fr. 12 D. 48-3, « nimia neglegentia » [3]) fr 213 § 2 D. 50-16 e cit. fr. 12 D. 48-3, « lata culpa ». V. *Vocab. Iurisprud.* v. *culpa.* Anche la frase « *magna* neglegentia » riesce sospetta. Essa figura nel fr. 1 § 5 D. 44-7: « magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere », ma queste parole sono certamente, come abbiamo già dimostrato, emblematiche.

♆

fr. 7 D. 48-8 Paulus, *libro singulari de publicis iudiciis.*

« In lege Cornelia dolus pro facto accipitur. [neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur] quare si quis alto se praecipitaverit, et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deiiceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coërcitionem non pertinet ».

Rilevanti indizî formali, che possano far sorgere il sospetto del tribonianismo, non vi sono. Ma la ragione sostanziale per la quale si può dubitare della genuinità delle parole chiuse fra uncini non mi

[1]) Che la maniera d'esprimersi nel fr. cit. non torni ad onore del giureconsulto cui il testo si attribuisce, è cosa che ha già ben vista il BINDING, *Die Normen*, II, p. 379, n. 578.

[2]) Si potrebbe perciò con un argomento *a contrario* dedurre che una piccola negligenza non è colpa (v. PERNICE, *Labeo* II, 1ª ediz. p. 335, n. 20). L'assurdità di questa conseguenza si evita (v. BURCHKARDT, op. cit. p. 14; HASSE, op. cit. p. 210) aggiungendo: una piccola negligenza non è *sempre* colpa. Anzi l'Hasse tenta in questo modo di dare un significato soddisfacente al fr. 226 cit.: - Una piccola negligenza non è sempre colpa, una grande negligenza lo è sempre ed è *culpa lata*, la quale si eguaglia al dolo. Chi non vede però che in tal maniera fra l'altro si legge nel testo quello che non c'è?

[3]) Si parla anche di *lata neglegentia*, v. fr. 7 § 2 D. 26-7; 7 § 1 D. 26-10; 8 D. 50. 8. Talora però questa espressione è dovuta, come si è rilevato, ai compilatori. Lo stesso si dica per « dissoluta neglegentia ». fr. 29 pr. D. 17-1.

pare trascurabile. Il principio *neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur* presuppone come è naturale, almeno l'esistenza della norma dell'equiparazione nel campo del diritto privato (V. Ferrini, *Dir. pen. rom.*, pag. 51). Ora noi invece crediamo di aver dimostrato che questo principio dell'equiparazione, come *regola*, non vigeva nel dir. classico. Se così è, sorge legittimo il sospetto dell'alterazione di questo fr. 7. da parte dei compilatori giustinianei. E si noti che anche il movente dell'interpolazione pare assai plausibile. Perchè ad un fatto si potesse infliggere una pena pubblica occorreva il dolo. La colpa poteva tutt'al più dare luogo ad una *castigatio* in via di polizia, ovvero a provvedimenti disciplinari. Ma nello stesso sviluppo preso da Adriano in poi dalla *extraordinaria cognitio*, in seguito al tramonto dell'ordinaria procedura, si applicò una pena temperata al caso di omicidio colposo, almeno *dove la colpa apparisse più grave*. Confr. Ferrini, *Dir. pen. rom*, pag 51-52 e Rein, *Criminalrecht*. pag. 419 e segg; Pernice, *Parerga* 7, 86 e segg. da lui citati. Se però nel diritto giustinianeo si abbandona, in genere, la punizione dell'omicidio colposo [1]), non deve sembrare inverosimile che i compilatori, i quali fanno, per lo meno, sì largo uso del principio che la *culpa lata* si equipara al dolo, sentano il bisogno di dire che in tema d'omicidio l'equazione *culpa lata = dolus* non ha valore.

Inoltre corrobora l'ipotesi dell'interpolazione la considerazione che, se proviamo a togliere dal passo in esame le parole chiuse fra uncini, il senso e la chiarezza del testo non ne soffrono. Questo resta sempre logicamente ben concatenato. «In lege Cornelia dolus pro facto accipitur, quare, si quis etc». Vale a dire: la legge Cornelia punisce il *consilium*. non il *factum* (Confr. Paul. Sent. 5-23 § 3), epperò se alcuno precipitandosi dall'alto, ovvero facendo cadere un ramo

[1]) Per l'abbandono nel dir. giustinianeo della punizione dell'omicidio meramente colposo si argomenta giustamente (Ferrini, op e loc. cit.) dal fatto che i §§ 12 e 19 delle Sentenze di Paolo (5-23) non sono stati ricevuti nei Digesti. Notevole è principalmente che la specie del § 12 sia ivi riferita secondo un altro testo di Paolo (7 D. 48-8) dove si dice soltanto: - «ad huius legis (Corneliae) coërcitionem non pertinet» e nulla si aggiunge d'altra penalità. Il caso del § 19 è poi riportato secondo un testo di Ulpiano (6 § 7 D. 1-18) che può essere inteso nel senso della responsabilità aquiliana (fr. 7 § 8; 8 pr. D. 9-2: § 6, 7 Ist. 4-3), se parla in termini vaghi di imputabilità del fatto. Bisogna però confessare che questo argomento è meno decisivo dell'altro.

tagliato sulla pubblica via senza dare alcun avviso, uccide un viandante, il fatto « ad huius legis coërcitionem non pertinet ». Si adducono cioè due esempi nei quali manca affatto il dolo in chi dà causa alla morte altrui. Di vero il citato esempio del *putator* (es. di *culpa lata*) non rende punto necessario che si mantenga nel testo l'inciso - « neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur ». - Ne è anche una prova il modo onde lo stesso Paolo tratta dell'identico caso nelle sue Sentenze, a proposito della *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, V. 23-12: Si putator, ex arbore cun ramum deiceret, non proclamaverit, ut vitaretur, atque ita praeteriens eiusdem ictu perierit, etsi in legem non incurrit in metallum datur ».

La ragione per cui il *putator non incurrit in legem Corneliam* è espressa prima - V. 23-3. « Qui hominem occiderit, aliquando absolvitur, et qui non occidit, ut homicida damnatur: *consilium* enim uniuscuiusque, *non factum puniendum est* », e ripetuta anche altrove (V. 23-6) « Servus, si plagis defecerit, *nisi id dolo fiat*, dominus homicidii reus non potest postulari ». - Quindi il giureconsulto ne parla come di un caso in cui il fatto che ha causato la morte non si punisce perchè manca il dolo nell'agente.

(Continua).

ALFREDO DE MEDIO.

"NATURA ACTIONIS„ NELLE FONTI BIZANTINE

I.

Negli *Studi di diritto* pubblicati in onore di Vittorio Scialoja (vol. I, p. 607 segg.), mi sforzai di provare, con l'esegesi dei passi della compilazione giustinianea, la derivazione bizantina di una formula dogmatica, che riconduce al criterio della *natura actionis* alcune poche decisioni contenute nei passi medesimi; e giunsi al risultato che codesta formula rappresentava anzitutto una semplificazione del criterio distintivo nel sistema delle azioni, in quanto dava importanza al solo punto di vista sostanziale, ed in secondo luogo stava ad indicare la fissazione legislativa del contenuto delle azioni, le quali, perduta così l'elasticità ed il movimento che nel diritto classico le aveva rese vere ed effettive costruttrici dei relativi rapporti, erano divenute semplici ombre dei rapporti stessi, alla costruzione dei quali in realtà il legislatore giustinianeo mirava. E sulla fine del citato lavoro accennai infatti all'esistenza di una *natura contractus* (cui aggiungo ora una *natura* dei rapporti giuridici in genere), che promisi di esaminare.

Il mio desiderio è anzitutto quello di completare lo studio della *natura actionis*, ciò che per ragioni di tempo non potei fare allora. Dico: completare lo studio - poichè io sento benissimo che, quantunque il trovare una teoria largamente rappresentata nelle Costituzioni giustinianee e poco e male rappresentata nei testi presuntivamente classici sia un forte e giustificato pregiudizio contro la genuinità di questi ultimi, pure una sincera convinzione del mutamento teorico avvenuto, e quindi dei guasti apportati alle fonti pregiustinianee, si acquista sopratutto ove si veda che la teoria, sostenuta giustinianea, è la teoria delle scuole del tempo; ove si provi che queste scuole,

nell'esporre agli studiosi i testi classici, anche non tocchi dai compilatori, continuano l'opera di introdurvela; quando, in fine, si osservi che soltanto nella produzione di dette scuole si trova determinato chiaramente che cosa si intenda indicare con una formula teorica, di modo che, al confronto, i pochi testi classici che la usano senza spiegarla (e restano talora, se non confortati dall'aiuto giustinianeo, sibilline espressioni pronte a dar luogo alle interpretazioni più svariate) si manifestano indici e derivati dell'elaborazione ultima.

E per tali motivi ho voluto consultare, secondo le pochè mie forze, le fonti di diritto greco-romano per riguardo al criterio della *natura actionis*, ed espongo qui i risultati di tali ricerche, che mi sembrano non privi di interesse per gli scopi sopra accennati [1]).

Ho preso a fondamento gli scritti degli autori dell'età d'intorno a Giustiniano, quali ci restano nella Parafrasi di Teofilo [2]) con gli scolii editi del Ferrini [3]), e sopra tutto negli scolii antichi dei Basilici, che contengono quasi sempre gli indici e le note al Digesto di Doroteo e di Stefano ed i corrispondenti lavori di Taleleo ed Isidoro sul Codice giustinianeo. Taleleo va completato con gli scolii Veronesi, editi da Zachariae von Lingenthal in *Zeitschr. für gesch. Rechtswiss.* 15, p. 90 segg. [4]).

L'indice e le note di Stefano dànno il materiale più copioso; nè l'essere Stefano il più tardo degli antecessori vissuti sotto Giustiniano, reca alcun pregiudizio alla forza delle sue testimonianze, poichè gli studi sinora fatti sui frammenti che gli appartengono arrivano al

[1]) Le osservazioni che seguono, relativamente al metodo ed ai limiti della ricerca, valgano anche per lo studio che seguirà sulla *natura contractus* e simili.

[2]) L'ipotesi del compianto Ferrini, che la Parafrasi sia stata tardi ed a torto attribuita all'antecessore Teofilo, uno dei compilatori delle Istituzioni Giustinianee, ha perduto quasi ogni verisimiglianza dopo la scoperta fatta da lui stesso di antichi scolii al Teofilo. Cfr. ZACHARIAE v. LINGENTHAL. *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, X, p. 257 seg., e *Gesch. des griech-röm. Rechts*[3], p. 5. Del resto il Ferrini non negava che la parafrasi derivasse, nella sua forma ultima, dal tempo di Giustiniano, anzi ne riportava il sostrato ad epoca anche anteriore.

[3]) Nelle *Memorie* del R. Istituto Lombardo, classe di Lett. e Scienze storiche, vol. XVIII (1891). Tali scolii sono per la massima parte dell'età di Giustiniano, come vide il Ferrini e conferma lo ZACHARIAE, loc. cit.

[4]) Questi scolii, secondo prova lo ZACHARIAE, loc. cit. p. 99 seg., derivano dalle note di Taleleo e dal suo κατὰ πόδα al Codice. Sul modo di derivazione v'è disparere fra il detto autore ed HEIMBACH, *Basil.* VI, cap. 6, § 1, p. 63.

risultato che lo Stefano è un compilatore di scritti antecedenti che riporta e commenta. Così Zachariae (*Zeitschr. Sav.-Stiftung*. X, 270 segg.) rende assai verisimile che l'indice ai Digesti di Stefano ha per base l'indice di Teofilo [1]) - spesso base letterale -; e l'Heimbach (Basil. VI, p. 14) trova tali coincidenze tra Stefano e Taleleo che lo inducono a ritenere Stefano allievo di quest'ultimo. Del resto un rapporto di derivazione tra le opere esegetiche uscite dalle scuole bizantine (a parte le prove testuali esistenti) è da ammettere già presuntivamente: anzi la cosa meno normale sarebbe che non vi fosse.

Mi sono servito altresì del testo dei Basilici e delle Summae dell'Anonimo e di Cirillo, sia perchè queste ultime appartengono al tempo che immediatamente segue Giustiniano (se pure non sono più antiche: cfr. Zachar. *Gesch.*[3] p. 8, not. 12), sia perchè il testo dei Basilici è normalmente tratto pel Digesto dalla Summa dell'Anonimo, e pel Codice dall'indice, dal κατὰ πόδας e dalle note di Taleleo [2]): ad ogni modo il materiale usato fu quello derivante dalle scuole dei tempi giustinianei.

Degli scolii più recenti invece non ho fatto uso diretto se non in quanto copiano autori antichi: in altra ipotesi li ho citati come semplice prova della permanenza della teoria, e perchè non è male tenerli presenti, non potendo noi stabilire se, oltre i casi in cui l'originale antico è citato, altri ve ne siano in cui il riferimento esiste, ma è taciuto [3]).

Per quanto concerne infine l'attribuzione dei passi ai singoli autori, ho seguito il Manuale dell'Heimbach, segnando in parentesi quadra i nomi non indicati dalle fonti. Lo Zachariae invero, a proposito del Manuale dell'Heimbach, avverte (*Zeitschr.* cit. VIII, p. 5) che esso è da usare con la massima precauzione per quanto concerne gli autori dei singoli scolii; ma da un lato, allo stato attuale delle cose, non v'è aiuto migliore a cui ricorrere per un lavoro che impieghi

[1]) Cfr. anche Heimbach, *Basil.* VI. pp. 30-31.

[2]) Zachariae, *Gesch.*[3] p. 22; *Zeitschr. der Sav.-Stiftung*. VIII, p. 18; X, p. 274. Heimbach, *Bas.* VI, p. 127 segg. § 2-7.

[3]) Non ho preso in considerazione la letteratura più in là del VI e VII sec. d. C. perchè in essa non esistono che tracce delle opere più antiche, compilate sulle fonti giustinianee, e perchè, dopo aver compiuta la lunga ricerca con la lettura dei Basilici, il proseguirla con poca speranza di buon frutto su tutte le fonti posteriori, superava le mie forze.

la massa delle fonti bizantine [1]; e d'altro canto, non essendo dubbia l'antichità degli scolii, il precisare l'autore singolo d'un passo non ha importanza soverchia per uno studio come il presente, dove non si incontrano controversie speciali, per cui la considerazione dei vari autori sarebbe necessaria, e dove trattasi invece di mostrare in genere l'esistenza di un punto di vista teorico nelle scuole bizantine del VI secolo prese nel loro complesso [2].

II.

Nell'esame del materiale bizantino relativo alla *natura actionis* la prima ricerca che si presenta è di vedere in qual relazione siffatta formula teorica stia col sistema delle azioni, giacchè, trattandosi di una teoria, il suo impiego pel sistema (se essa veramente esisteva) doveva riuscire inevitabile. Ho pertanto messe insieme le dichiarazioni delle fonti greche, importanti a questo riguardo, e le riproduco qui di seguito, prendendo a base il quadro delle azioni che Doroteo, della scuola di Berito, ha formato nel lib. IV, tit. 6-18 delle Istituzioni giustinianee, sottordinando a ciascuna delle distinzioni ivi esistenti i testi relativi, e mettendoli a confronto, ove occorre, coi passi delle fonti giustinianee ai quali si riferiscono. Ho creduto poi utile integrare le singole distinzioni con la citazione dei testi delle costituzioni giustinianee che vi trovano luogo, e coi riferimenti che i compilatori delle Istituzioni imperiali hanno fatto alle costituzioni medesime, poichè è interessante osservare il rapporto che da ciò risulta tra la legislazione giustinianea e l'opera delle scuole. Dal quadro sistematico di Doroteo si ricavano dunque le seguenti distinzioni:

a) *Azioni reali, personali e miste* (in un primo senso).

Inst. 4, 6 § 1-15 e § 20.

§ 1: Omnium actionum..... summa divisio in duo genera deducitur; aut enim in rem sunt aut in personam.

[1] Lo stesso ZACHARIAE, *Zeitschr.* cit. VIII, p. 2, not. 1, dice che nel suo supplemento ai Basilici ha forse a torto attribuito decisamente l'indice dei Digesti sempre a Stefano; spesso l'autore vero è Teofilo.

[2] Base della traduzione con cui ho accompagnato gli scolii greci è quella di Heimbach e di Zachariae. Avverto però che l'ho mutata per renderla, sin dove ho saputo, letterale, senza curarmi che il latino diventasse poco bello.

§ 20: Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem, quam in personam: qualis est etc.

Theoph. ad 4. 6 § 20:

Εἰσί τινες ἀγωγαί, αἵτινες καὶ τῆς in rem καὶ τῆς personalίας τὴν φύσιν ἐν αὑταῖς ἔχουσιν.

[Sunt quaedam actiones, quae tam in rem quam personalis actionis naturam in semet ipsis habent.]

[Steph.] ad Dig. 5. 3. 36 pr. v: *perinde ..... ageretur* (Heimb. IV, 226 sch. 2 ad Cap. 36 pr.):

Σημείωσαι, πότε ἡ νεραδιτάτις πετιτίων ἀναδύεται τῆς δὲ πεκουλίου, ἤτοι περσοναλίας ἀγωγῆς τὴν φύσιν.

[Nota quando her. pet. induat de peculio, sive personalis actionis naturam.] [1]).

[Steph.] ad Dig. 12. 1. 9 pr. v.: *certi condictio competit ex omni causa* (Heimb. II, 595, sch. Τέως):

[ὁ Οὐλπιανός] εἴρηται δὲ τὸ ἐξ ὅμνι καύσα (ἤτοι τὸ ἐκ πάσης αἰτίας) οὐ πρὸς τὴν ἐν ῥέμ. οὐδέποτε γὰρ ἀντὶ τῆς ἐν ῥὲμ ὁ παρὼν κινεῖται κονδικτίκιος κατὰ φύσιν ἤτοι κατὰ τὴν προσοῦσαν αὐτῇ ἰδιότητα. ἡ μὲν ἐν ῥὲμ παρὰ τοῦ δεσπότου κινεῖται.

[Ait autem «ex omni causa», non quantum ad actionem in rem. Numquam enim pro actione in rem praesens movetur condicticia secundum naturam seu proprietatem quae ei inest. Actio in rem a domino movetur.]

Steph. ad Dig. 12. 1. 9 § 1. v.: *competit haec actio (condictio) etiam ex legati causa* (Heimb. II, 596, sch. 6):

[1]) La L. 36 pr. cit. (Paul. 20 ad Ed.) – cfr. L. 34 § 1, L. 35 eod. - esamina la responsabilità del pater o del dominus di fronte alla her. petitio pel fatto del filiusfamilias o del servus. Si domanda: «an... intra annum agi debeat? et an debitum sibi dominus vel pater deducere potest?». E di fronte all'opinione negativa di Giuliano, Paolo nota distinguendo: «Haec recte si pretia (sc. rerum hereditariarum) habeat servus vel filiusfamilias. Quodsi propterea hereditas petatur a domino, quod servus debitor fuit, *perinde haberi debebit atque si de peculio ageretur*». A queste ultime parole si riferisce l'annotazione di Stefano, che ne trae occasione per segnalare come un'azione reale assuma requisiti sostanziali di un'azione personale. La contrapposizione sistematica è messa bene in evidenza dal carattere di riflessione e di glossa che ha l'aggiunta ἤτοι περσοναλίας.

Στεφάνου. Μὴ ἐκ τούτου νομίσῃς, ὅτι ἐπειδὴ δύναται καὶ ἐν ῥέμ ὁ ληγατάριος ἐπὶ τῷ ληγάτῳ κινεῖν, ὡς φησιν ἐν τῷ σ'. βιβ. τοῦ κωδ. ὑπὸ τὸν τοῦ βιβ. τιτ. να'. διάταξις, ἤδη καὶ ἐπὶ τοῦ παρόντος θεμ. δύναται καὶ ἀντὶ τῆς ἐν ῥέμ κινεῖσθαι κατὰ φύσιν ὁ κονδικτίκιος. ὁ γὰρ ληγατάριος, ἔχει μὲν τὴν ἐν ῥέμ οὐ πρωτοτύπως ἁρμόττουσαν ἀλλ' ἐξ ἐπινοίας καὶ ἀυθεντίας τῆς διατάξεως. ἐνταῦθα οὖν ὁ κονδικτίκιος κινεῖται οὐ κατὰ [1]) τῆς ἐν ρέμ.

[Ne exinde existimes quod, quia potest etiam actionem in rem legatarius super legato movere (ut dicit constitutio lib. 6 tit. 51 Cod. posita), ideo etiam in praesenti casu potest etiam pro in rem actione moveri secundum naturam condicticia. Legatarius enim in rem actionem habet non principaliter competentem, sed ex introductione et auctoritate constitutionis. Hoc loco igitur condicticia movetur non secundum (naturam) actionis in rem.] [2]).

Steph. ad Dig. 6. 1. 27 § 2 (Suppl. Zach. p. 18, sch. 87):

Στεφ. ..... ἡ τῆς ἀπομειώσεως διατίμησις οὐ κατὰ φύσιν τῆς ἐν ῥέμ ἀπαιτεῖται.

[... deteriorationis aestimatio non secundum naturam in rem actionis exigitur.]

b) *Azioni reipersecutorie, penali e miste* (in un secondo senso) [3]); *azioni in simplum, in duplum, in triplum, in quadruplum; azioni « quae ex infitiatione crescunt ».*

Inst. 4. 6 § 16-19, § 21-26; 4. 16 § 1.

§ 16: Sequens illa divisio est, quod quaedam actiones rei persequendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persequendae, quaedam mixtae.

§ 21: Omnes autem actiones vel in simplum *conceptae sunt*, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum.

[1]) φύσιν, aggiunge Fabroto; e senza dubbio ha ragione, poichè noi ritroveremo il testo medesimo più oltre fra gli altri che compongono le note di Stefano al titolo *de reb. cred.*, e vedremo che egli, per sistema, spiega le relazioni della condictio con le altre azioni in base al criterio della natura actionis.

[2]) Ma - segue lo Stefano - si muove in luogo dell'actio ex testamento che compete in via principale al legatario: cioè in luogo di un' azione personale.

[3]) Solo in uno scolio recenziore (Heimb. V, 285, sch. 30) trovo detto: Aquilia contra heredes non datur κατὰ φύσιν ἄλλων μίξται ἀγωγῶν.

§ 26: Sed furti..... actio et servi corrupti a ceteris de quibus simul locuti sumus, eo differunt quod hae actiones omnimodo dupli sunt; at illae, id est damni iniuriae ex lege Aquilia, et interdum depositi, infitiatione duplicantur.

I giudizi privati per natura possono essere reipersecutorii e penali - Steph. ad Dig. 17. 1. 29 § 4 (Heimb. II, 117, sch. 16):

Στεφ. δύναται... κατὰ τῶν πριβάτων φύσιν καὶ χρηματικῶς κινεῖσθαι, καὶ ἐγκληματικῶς.

[potest (sc. stellionatus actio) secundum naturam iudiciorum privatorum et pecuniariter, et criminaliter moveri.]

[Steph.] ad Dig. 5. 3. 36 § 2 (Heimb. IV, 226, sch. 3):

ἐπειδὴ δὲ κατὰ φύσιν τῆς νερεδιτάτις πετιτίονος ἤτοι τὸ ἁπλοῦν ἐκ τοῦ Ἀκουϊλίου διὰ τῆς αὐτῆς νερεδιτάτις πετιτίονος ἀπήτησεν ὁ πετίτωρ, ὀφείλει ἀρκεῖσθαι.

[Quoniam secundum naturam hereditatis petitionis, id est simplum ex lege Aquilia, per eandem hereditatis petitionem exegit petitor, contentus esse debet.]

[Steph.] ad Dig. 12. 2. 30 pr. v : *simpli* (Heimb II, 555. sch. 3):

..... ἐπὶ τῆς φούρτι κινουμένης παρὰ τοῦ ὁμωμοκότος ὑποστῆναι κλοπὴν ἡ ἀπὸ τοῦ ὅρκου ἰμφάκτουμ τὸ διπλοῦν ἢ τὸ τετραπλοῦν ἀπαιτεῖται· ταῦτα γὰρ κατὰ φύσιν τῇ φούρτῃ παρέπεται, καὶ ἀνάγκη ἐπὶ τούτοις τὸν ῥέον καταδικάζεσθαι...

[in actione furti mota ab eo qui iuravit furtum sibi factum esse, actio in factum ex iureiurando duplum aut quadruplum exigit. Haec enim secundum naturam furti actionem sequuntur. et necesse est super his reus condemnari.]

[Steph] ad Dig. 3. 6 3 § 3, v.: *ei dabitur petitio* (Heimb. V, 229, sch. 7 ad cap. 3] [1]):

Διὰ τῆς ἰμφάκτου, ὡς ἐν τῷ ζ'. διγ. μὴ νομίσῃς δέ, εἰς τὸ ἁπλοῦν ἔχειν με τῶν νομισμάτων τὴν ἀπαίτησιν· τὴν ἴμφακτον γὰρ δίδωσί μοι ὁ

[1]) Questo scolio e i due seguenti appartengono all'indice ed alle note di Stefano al tit. *de calumniatoribus* (3, 6) dei Digesti, nel quale non si accenna alla natura actionis. L'azione è un'actio in factum in quadruplum (cfr. L. 1 pr. h. t.).

Παῦλος ἐν τῷ ζ'. διγ. κατὰ τὴν οἰκείαν φύσιν κινεῖσθαι παρ' ἐμοῦ δυναμένην.

[Per actionem in factum, ut dig. 7. Ne vero existimes, in simplum habere me nummorum repetitionem: nam actionem in factum dat mihi Paulus dig. 7, quae secundum propriam naturam a me moveri potest.] [1]).

[Steph.] ad Dig. 3. 6. 5 § 1 (Heimb. V, 230, sch. τί γάρ):

Εἰ .. δέδωκέ τις, ἵνα μὴ συκοφαντησθῇ ἕτερος, τότε καὶ ὁ δεδωκὼς εἶχε τὸν κονδικτίκιον εἰς ῥεπετιτίωνα τῶν δεδομένων, καὶ ὁ ὑπὲρ οὗ ἐδόθη τὴν ἴμφακτον κατὰ τὴν αὐτῆς φύσιν.

[Si dederit quis ne alteri calumnia adhibeatur, tunc et is qui dedit habet condicticiam ad repetitionem datorum, et is pro quo datum est, actionem in factum secundum eius naturam.] [2]).

[Steph.] ad Dig. 3. 6. 5 § 1 (Heimb. V, 231, sch. 15):

Τὸ δὲ ζητούμενον, εἰ τοῦ κονδικτικίου κινηθέντος, ἡ περὶ καλουμνίας σβέννυται ἴμφακτος, ἢ καὶ οὕτω δίδοται οὐκ εἰς τὸ τετραπλοῦν κατὰ τὴν οἰκείαν φύσιν, ἀλλ' εἰς τὸ τριπλάσιον, ἢ κατὰ μίμησιν τοῦ κλέπτοντος αὕτη μὲν τὸ τετραπλοῦν ἀπαιτεῖ, ὁ δὲ κονδικτίκιος τὸ ἁπλοῦν.

[quaeritur vero utrum condicticia mota, consumatur actio in factum de calumnia, an etiam tunc detur non in quadruplum secundum propriam naturam, sed in triplum, an ad imitationem furis haec quidem quadruplum exigat, condicticia vero simplum.] [3]).

[Thalel.] ad C. 3. 41, 4 pr. v.: *quadrupli* (Heimb. V, 379, sch. Οὐ γάρ):

Οὐ γὰρ δύναταί τις κτησάμενος τὴν βί βονόρουμ [βαπτόρουμ], κἂν κατὰ δούλου ἐν τῇ κινήσει τῇ κατὰ τοῦ δεσπότου περὶ τοῦ δούλου ἐναλλάττειν τὴν φύσιν αὐτῆς, ἀλλὰ κινεῖ μὲν αὐτὴν κατὰ τὴν οἰκείαν φύσιν·

[1]) La L. 3 § 3 cit. (Ulp. 10 ad Ed.) dice: Illud erit, quod qui dedit pecuniam ut negotium quis pateretur, non habebit ipse repetitionem; turpiter enim fecit. Sed ei dabitur petitio propter quem datum est, ut calumnia ei fiat. E la L. 7, di Paolo, citata da Stefano, dice soltanto (§ 1): me in quadruplum agere posse.

[2]) Hoc enim invenies Dig. 7, aggiunge Stefano; ma cfr. nota precedente.

[3]) La L. 5 § 1 cit. (Ulp. 10 ad Ed.) dice semplicemente: Quare, si fuerit condictum, utrum tollitur haec actio, an vero in triplum danda sit? An exemplo furis et in quadruplum actionem damus et condictionem?

καὶ εἰ πολλάκις ἔχει διάθεσιν ὁ δεσπότης πρὸς τὸν δοῦλον, καὶ οὐ βούλεται τοῦτον ἐκδοῦναι, τὸ τετραπλοῦν ἀπαιτεῖται.

[Nec enim potest qui acquisivit act. v. bon. r., licet servi nomine noxaliter contra dominum experiatur, mutare eius naturam, sed eam intendit secundum propriam naturam. Et si dominus habet in servum affectionem et dedere eum nolit, praestat quadruplum.] [1]).

[Thal.] Bas. XXIV, 1, cap. 21 = C. 4. 5. 4; ad indicis v.: τὰ ἐξ ἀρνήσεως (Heimb. III, 10, cap. 21, sch. 1):

Καλῶς εἶπεν τὰ ἐξ ἀρνήσεως· εἰ γὰρ μὴ ἐξ ἀρνήσεως, ἀλλὰ κατὰ φύσιν ἐδιπλασιάζοντο ἢ ἐτετραπλασίαζοντο δύναται βεπετιτεύεσθαι.

[recte dixit, *ea quae ex infitiatione*: nam si non ex infitiatione, sed secundum naturam duplantur vel quadruplantur repeti possunt.] [2]).

[Steph.] ad Dig. 5. 3. 20 § 4. v.: *Iulianus scribit simplum solulurum* (Heimb. IV, 207-208 sch. 5):

Ὁ δὲ Ἀκουΐλιος οὐ κυρίως ἔχει κατὰ φύσιν οἰκείαν τὴν δίπλωσιν, ἀλλ' ἐξ ἀρνήσεως εἰσαγομένην.

[Aquilia autem non continet proprie secundum propriam naturam duplum, sed ex infitiatione introductum.]

[Steph.] ad Dig. 12. 2. 30 pr. v.: *simpli* (Heimb. II, 555, sch. 3):

ἐπειδὴ μὴ κατὰ φύσιν ὁ Ἀκουΐλιος ἔχει τὴν δίπλωσιν, ἀλλ' ἐξ ἀρνήσεως ἐπιγινομένης αὐτὴν ἀπαιτεῖ.

[quia non secundum naturam Aquilia habet duplum, sed ex infitiatione superven ente illud exigit.] [3]).

[1]) L. 4 pr. C. *de nox. act.* 3. 41: Si servus ignorante domino... res tuas vi rapuit, dominum eius... quadrupli... noxali iudicio convenire potes.

[2]) La L. 4 C. *de condictione indebiti* 4. 5, riprodotta nel cit. cap. 21 (nota di Taleleo), dice: Ea quae per infitiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse certissimi iuris est.

[3]) Lo scolio spiega la dottrina contenuta nella cit. L. 30 pr. D. *de iureiurando* 12, 2: Eum qui iuravit, ex ea actione quae infitiando crescit, aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecutionem sibi adquirere Pedius ait. Uno scolio più recente (Heimb. II, 554, cap. 30, sch. 2) si riferisce alle parole di Stefano nella forma seguente: ἐνταῦθα δὲ διὰ τί οὐκ ἀπαιτεῖται ποινὴ ἐξ ὅρκου, φησὶν ἡ τελευταία τοῦ κεφαλαίου παραγραφή, ὅτι οὐκ ἔστιν ἡ τοῦ Ἀκουΐλίου ποινὴ κατὰ φύσιν. [Cur

D. 5. 3. L. 20 § 4 = Bas. 42. 1, cap. 20 (Heimb. IV, 207):

[Anon.] Πᾶσαι αἱ ἀγωγαὶ καταφέρονται εἰς τὴν περὶ κληρονομίας ἀγωγήν, ἀλλ' οὐ κατὰ τὴν οἰκείαν φύσιν· ἡ γὰρ ἀγωγή, ἡ ἐξ ἀρνήσεως διπλασιαζομένη, ἁπλῆ εἰς τὴν περὶ κληρονομίας ἀγωγὴν κατάγεται.

[Omnes actiones deducuntur in actionem de hereditate, sed non secundum propriam naturam: actio enim quae infitiatione duplatur, venit in simplum in actionem de hereditate.] [1]).

c) *Azioni (giudizî) di stretto diritto e di buona fede*:

Inst. 4. 6 § 28-30. In § 29 è detto dai compilatori (in base alla C. un. § 2 *de rei ux. act.*) [2] che la distinzione si fonda sulla natura actionis (rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii ... meruit, ut bonae fidei sit).

Theoph. ad § 30 cit.:

Compensatiων ἐστὶν ὁ ἀντέλλογος τουτέστι τὸ ἀντελλογίσασθαι τὰ ἐποφειλόμενα, ταῦτα μὲν οὖν ἡ φύσις βούλεται τῶν bonae fidei δικαστηρίων.

[Compensatio est ratio illa imputandi quae invicem debentur: haec enim vult natura bonae fidei iudiciorem.] Segue il testo: in strictis autem iudiciis, quoniam ibi ipsa subtilitas versatur, etc.

[Thalel.] C. 2, 4, 3 (Heimb. I, 691, cap. 20 text.):

Ἐνάγαγε κατὰ τοῦ κληρονόμου, ἐπειδὴ ὁ πατὴρ αὐτοῦ κουράτωρ σοι δοθεὶς τὰ πράγματά σου ἐχείρισε· καὶ ἐὰν παρὰ τῷ δικαστῇ ἀρνήσηται, ἑαυτὸν τῇ ἀγωγῇ κατέχεσθαι, ἐπειδὴ διελύσω, καὶ ἐπειρώτησις παρενε-

autem hoc loco non exigatur poena ex iureiurando, ait adnotatio ultima capitis, quod non est poena Aquiliae secundum naturam]. Così pure un altro scolio recenziore (Heimb. V, 324, sch. 4), citando la nota di Stefano, dice: Ποινὴ γὰρ ἐξ ὅρκου οὐκ ἀπαιτεῖται μὴ κατὰ φύσιν προσοῦσα τῷ ἁμαρτήματι. [poena enim ex iureiurando non exigitur cum secundum naturam delicto non adhaereat.].

[1]) La L. 20 § 4 D. *de her. pet.* che è qui riassunta dall'Anonimo, fu da me ritenuta interpolata (cfr. cit. mio lavoro p. 624 segg.). Sulla quistione ritorno più oltre nel riprendere in esame i testi sotto un aspetto diverso da quello meramente sistematico.

[2]) Accommodetur ei (sc. actioni ex stipulatu de dote) ex natura rei uxoriae actionis bonae fidei beneficium.

τέθη, ὁ δικαστής, προσέχων τῇ φύσει τῆς ἀγωγῆς, ὅτι καλῇ πίστει ἐστί, ζητήσει, περὶ πόσης ποσότητος ὀνομαστὶ ἡ διάλυσις γέγονε·

[Age cum herede quod pater eius curator tibi datus res tuas gessit; et si apud iudicem negabit se actione teneri, quia transegisti et stipulatio interposita est, iudex *ad actionis naturam spectans, quod bonae fidei est*, quaeret de quanta pecunia nominatim transactio facta est.]

Taleleo, dopo aver narrato il caso cui si riferisce la L. 3 C. *de transact.* 2, 4 traduce il rescritto, il cui testo è il seguente: Age cum Geminiano, quod pater eius curator tibi datus negotia tua gesserit, et si apud iudicem negabit se actione teneri, quoniam transactio et Aquiliana stipulatio interposita est, iudex *contemplatione iudicii quod est bonae fidei* quaeret de quanta pecunia nominatim transactum sit: [segue una parte che non ho trascritta nel testo greco per brevità] et si apparuerit de minore transactum, quantam pecuniam reliquam ex administratione curae deberi tibi probatum fuerit solvere eum iubebit, quod non in stipulationem Aquilianam obligationis curae tantum deductum est, quanti erat quantitas pecuniae quae debebatur. — Come si vede, Taleleo, che della costituzione nel resto presenta un κατὰ πόδα preciso, ha interpolato al luogo delle parole: *contemplatione iudicii*, la formula teorica generale: *ad actionis naturam spectans*. E la ragione c'è. La quistione trattata nel rescritto ha una storia nelle scuole greche, e Taleleo stesso ce ne conserva il ricordo in una nota alle parole del testo latino: *iudicii quod est bonae fidei* (Heimb. I, 692, sch. 4 in fin.): Certo in omnibus bona fide iudiciis locus est iuri constitutionis. Sic enim et Heros Patricius et Heros Eudoxius tradiderunt. Demostheni clarae memoriae in sola negotiorum gestorum actione locus esse videbatur: verum textus constitutionis in omnibus bona fide iudiciis haec valere dicit. (Gli scolii al titolo de transactionibus del Cod. sono dei più ricchi in ricordi deg'i antecessori pregiustinianei: ad es.: ad L. 8 [Heimb. I, 696, cap. 25, sch. 1]; ad L. 18 [Heimb. I, 704, sch. 1]). Taleleo dunque vuol far risaltare che nella costituzione non è il caso del iudicium negotiorum gestorum in ispecie che spiega la decisione presa, ma la qualità in genere dell'azione: con la formula *ad actionis naturam spectans* ritiene di chiarire la legge nel senso da lui ritenuto vero. Questa mi

sembra una bella prova che la teoria della natura actionis aveva profonde radici nella mente dei commissarî di Giustiniano e che forse la costruzione è dovuta a quegli eroi sopra citati; come pure questo mi sembra un bell'esempio di interpolazione secondo le idee delle scuole. Se Taleleo, che conosceva così bene la quistione agitatasi nel caso presente, avesse partecipato alla compilazione o revisione del Codice forse noi avremmo trovato la natura actionis nella L. 3, 2. 4 cit.

> [Steph.] ad Dig. 5. 3. 20 § 4. v.: *Iulianus scribit simplum soluturum* [Heimb. IV, 208, sch. 5):
>
> καὶ ὅμως τῆς νερεδιτάτις πετιτίονος κατὰ φύσιν βόνα φίδε, καθάπερ εἶπον, τυγχανούσης, οὐκ ἀπαιτεῖται τὸ διπλάσιον.
>
> [et tamen, cum hereditatis petitio secundum naturam bona fide sit, ut dixi, non exigitur duplum.]

Nella costituzione di Giustiniano che attribuisce alla hereditatis petitio la qualità di azione di buona fede, non si fa ricorso alla *natura actionis*: è Stefano che, al seguito di Teofilo, di Doroteo (nelle Istituzioni) e di Taleleo si serve della formula dommatica delle scuole ove è cresciuto.

Questi passi, integrati ancora con una costituzione di Giustiniano (Cod. 2. 18. 24 § 2) che presupponendo tale teoria parla di una *natura* dell'actio negotiorum gestorum, dànno la prova indiscutibile che il sistema di differenziare i classici giudizi di buona fede o le actiones bonae fidei giustinianee dalle altre azioni in base alla natura actionis è esclusivamente cosa del VI secolo. Mi si conceda dunque di ricordare che, a quel che a me sembra ognor più, non a torto sostenni la derivazione bizantina dell'ultimo periodo in L. 14 § 13 D. *de religios.* 11. 7 (cfr. cit. scritto p. 635 segg.), dove appunto la funeraria per la sua *natura* di permettere l'applicazione più larga dell'aequum bonum è messa in relazione con l'actio negotiorum gestorum:

> Et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget.

Una osservazione ancora desidero di aggiungere. Io dissi (loc. cit. p. 639) che l'uso della natura actionis, per accennare alla qualità della

funeraria di essere in aequum et bonum concepta, è un riferimento giustinianeo. Lo studio della produzione giuridica bizantina me ne ha convinto sempre più. Ulpiano non può con quella frase essersi riferito alla formula, poichè la quistione che si agita nel frammento citato è quella di decidere *se competa l'azione*, mentre la clausola in aequum et bonum appartiene all'altro quesito: *quid veniat in actionem*. Si tenga presente la formula: quantae pecuniae aequum tibi videtur (condemnari). che se è ricostruita nei termini, è per la sostanza provata dall'ordine del commento di Ulpiano (cfr. cit. lavoro p 636-637) I testi che ho raccolti nel presente scritto stanno invece a dimostrare che Giustiniano e le scuole del suo tempo intendono per natura actionis le norme che decidono entrambi i quesiti sopra esposti: soltanto ai compilatori può quindi ascriversi la frase stessa pel luogo ov' è collocata nel commento Ulpianeo e pel riferimento ch'essa ha. Ed è bene ricordare ancora che il testo del Codice testè riferito, nel quale Taleleo ha introdotto la natura actionis (neg. gest.) riguardava appunto il quesito se, dato il caso pratico, l'azione neg. gest. potesse venire ammessa.

d) *Azioni arbitrarie*:

Inst. 4. 6 § 27 § 31.

§ 27. Item actio de eo quod metus causa factum sit a ceteris de quibus simul locuti sumus, eo differt quod *eius natura tacite continetur*, ut qui iudicis iussu ipsam rem actori restituat, absolvatur. Quod in ceteris casibus non ita est, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur, quod est in furti manifesti actione.

§ 31. Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfiat ... condemnari debeat ... In his enim actionibus ... permittitur iudici ex bono et aequo, *secundum cuiusque rei de qua actum est naturam*, aestimare quaemadmodum actori satisfieri oporteat.

Nel primo dei due testi ritenni interpolate le parole: *eius natura tacite continetur* al luogo di: *formulae verbis id ipsum exprimitur*.[1]) La considerazione degli scolii riferiti sotto la lettera *b*) mi è una con-

[1]) Cfr. cit. scritto p. 615 segg.

ferma della modificazione asserita; poichè l'actio quod metus causa come azione arbitraria è differenziata qui dalle altre azioni penali, in multiplo necessariamente, e noi abbiamo visto come per sistema gli autori dell'epoca giustinianea, e non le fonti classiche, distinguano tali azioni dalle altre in base al criterio della natura actionis. Soccorre anche il fatto che il cit. § 27 ha lo stesso assetto e gli stessi termini del precedente § 26 nel quale si differenziano le azioni in multiplo ex infitiatione dalle azioni in multiplo necessariamente; ed anche a tale proposito, mentre nulla si trova nel testo delle Istituzioni, gli scolii applicano il criterio della natura actionis. Del resto ancora una prova non lieve del mutamento di pensiero (dalla considerazione della qualità della formula e del giudizio a quella del carattere sostanziale dell'azione per volere di legge) avvenuto a proposito dall'actio quod metus causa, si trova in Teofilo, il quale (ad § 31 Inst. h. t.) in sede di azioni arbitrarie, ove si dice che il convenuto è condannato nisi arbitrio iudicis actori satisfiat, osserva: *id enim his actionibus inesse creditur.*[1])

Per quanto riguarda il § 31 Inst. cit. mi astenni nel mio lavoro precedente da ogni osservazione circa la *natura rei de qua agitur*, perchè in fatti *natura rei* è frase troppo generica perchè possa provarsi che sia qui usata nel senso tecnico giustinianeo, e che abbia in generale un senso tecnico ed importi quindi per la nostra quistione. Ad ogni modo non voglio omettere di notare come non manchino ragioni per sospettarla. I due §§ 27 e 31 sono tra loro in evidente connessione ed il guasto apportato all'uno può aver causato la relativa modificazione dell'altro. Di più nel § 31 sono citate, siccome arbitrarie, azioni personali, reali, penali (quod met. causa, de dolo malo), cioè in simplum ed in multiplum, ciò che potrebbe spiegare l'introduzione del criterio distintivo giustinianeo per quel che concerne la condanna: e vedremo che pei bizantini il quid veniat in

[1]) Come parallelo, per la forma e pel pensiero, si può confrontare L. 3 D. I². 1 col riassunto dell'Anonimo Bas. XXIII, I, cap. 3: In mutuo *tacite* (σιωπηρῶς) convenitur datum restitui eiusdem generis et eiusdem bonitatis. E Cirillo (Heimb. II, 589, sch. 15): Mutuo *tacite inest* (σιωπηρῶς ἔγκειται) eiusdem bonitatis et eiusdem generis restitui rem. Stefano poi completa il quadro con la nota (Heimb. II, 590, sch. 1 ad cap. 3): Nota *praesumtionem* in mutuo obtinentem, et supervacaneum quidem esse ut ea quae *naturaliter* contractum sequuntur (τὰ φύσει παρεπόμενα τῷ συναλλάγματι) exprimantur.

actionem appartiene al contenuto della natura actionis. Dal lato formale si osservi che il *secundum naturam* (cuiusque rei de qua agitur) è il κατὰ φύσιν greco, e che per questa natura rei de qua agitur, restringendosi alle fonti giuridiche, non si trovano analogie se non nel linguaggio giustinianeo o dopo Giustiniano. Non so decidere se a questo proposito debba citarsi la *natura rei* che, in materia di arbitrium tutelae, si trova in C. 13 pr. 5. 51, ma certo in Giustiniano soltanto ho incontrato una *natura causae* (C. 2 § 2 *a* 2, 58 - Nov. 83 praef. § 1) cui corrisponde una *natura controversiae* in Bas. Heimb. I, 251 sch.

Comunque sia di ciò, quel che a me interessa è di porre in rilievo come Teofilo traducendo la natura rei del testo classico o del suo collega Doroteo, la rende con la frase: κατὰ τὴν μιᾶς ἑκάστης ἀγωγῆς φύσιν [secundum cuiusque actionis naturam]. Il procedere di Teofilo dato il contenuto del § 31 cui sopra accennai non potrebbe giungere più a proposito per integrare in questa parte il sistema bizantino delle azioni in base alla loro natura e per confermare quale idea avessero in testa i compilatori giustinianei per riguardo alle azioni arbitrarie.

e) *Azioni adiecticiae qualitatis (in solidum et in minus) in quantum facere potest.*

Inst. 4. 6 § 10 § 36 § 38; Inst. 4, 7:

[Steph.] ad Dig. 5. 3. 36 pr. (Heimb. IV, 225, cap. 36, sch 1):

Ὅτι μὲν ὁ δεσπότης ἢ ὁ πατὴρ τὰ τιμήματα τῶν νεκδικταρίων πραγμάτων νεμόμενος ἐνάγεται τῇ νεκδικτάτις πετιτίονι, φθάσαντες εἴπομεν· τὸ δὲ ζητούμενον τοῦτό ἐστιν, εἰ τελευτήσαντος τοῦ υἱοῦ ἢ τοῦ οἰκέτου, ἢ ἐλευθερωθέντος μὲν τοῦ οἰκέτου, ἐμαγκιπάτου δὲ τοῦ υἱοῦ γενομένου, μόνον ἐντὸς ἐνιαυτοῦ κατὰ τοῦ πατρὸς ἢ τοῦ δεσπότου χρὴ κινεῖσθαι τὴν νεκδικτάτις πετιτίονα, καὶ εἰ ἄρα κινουμένης κατ' αὐτῶν τῆς νεκδικτάτις πετιτίονος δύναται δεδουκεύειν τε καὶ ὑπεξαιρεῖν τὸ φυσικῶς ἐποφειλόμενον αὐτῷ παρὰ τοῦ υἱοῦ ἢ τοῦ οἰκέτου, κατὰ τὴν τῆς δὲ πεκουλίου φύσιν.

[quod dominus aut pater pretia rerum hereditariarum possidens, conveniatur hereditatis petitione, supra diximus. quod autem quaeritur hoc est, an filio vel servo mortuo, vel servo manumisso vel emancipato filio facto, intra annum tantum adversus patrem

dominumve petitio hereditatis moveri oporteat. et an mota adversus eos her. pet. debitum sibi naturaliter a filio vel servo pater vel dominus deducere et detrahere possit, secundum naturam actionis de peculio.]

[Steph.] ibid. ad v. *perinde ... ageretur* (Heimb. IV, 226, cap. 36 pr. sch. 2):

Σημείωσαι, πότε ἡ νερεδιτάτις πετιτίων ἀναδύεται τῆς δὲ πεκουλίου, ἤτοι περσοναλίας ἀγωγῆς τὴν φύσιν.

[nota quando her. pet. induat de peculio sive personalis actionis naturam.]

[Steph] ad Dig. 17. 2. 58 § 2. v.: *initium ... inspiciendum* (Heimb. I. 762, sch. 8):

Οὐκοῦν εἰ τῇ ἀρχῇ προσέχομεν, πρὸς ὑπεξούσιον ἡ πᾶσα δοκεῖ γενέσθαι κοινωνία; καὶ οὐ μόνον κατὰ φύσιν τῆς πρὸ σόκιο ἐν κουάντουμ φάκερε πότεστ, καταδικάζεται, ἀλλὰ καὶ ὡς ἐν ὑπεξουσιότητι τὸ πᾶν ποιήσας συνάλλαγμα οὕτω καταδικάζεται, ὡς ἔγνως ἐν τῷ γ'. βιβ. τοῦ παρόντος συντάγματος τιτ. ε'. ἐν τοῖς ὑποκειμένοις τοῦ τιτ. διγέστοις ἐνάγεσθαι καὶ καταδικάξεσθαι τοὺς ὑπεξουσίους τι συναλλάξαντος καὶ ἐμαγκιπάτους καὶ ἐξνερεδάτους γενομένους ἢ αὐστινατεύσαντας τῆς πατρῴας κληρονομίας.

[Nonne igitur si initium spectamus cum filiofamilias tota societas facta videtur? Et non solum secundum naturam pro socio actionis in quantum facere potest condemnatur, verum etiam, quasi in potestate constitutus totum contractum fecerit, ita condemnatur uti lib. 3 h. partis tit. 5 (Dig. 14. 5) in dig. huius tit. didicisti conveniri et condemnari filiosfamilias contractum ineuntes tam emancipatos, quam exheredatos, quam paterna hereditate abstinentes.] [1])

[1]) Il testo delle Pandette cui si riferisce questa nota di Stefano è il seguente: Dig. 17. 2. 58 § 2: Si filiusfamilias societatem coierit, deinde emancipatus a patre fuerit, apud Iulianum quaeritur, an eadem societas duret, an vero alia sit, si forte post emancipationem in societate duratum est. Iulianus scripsit l. 14 Dig. eandem societatem durare, initium enim in his contractibus inspiciendum: duabus autem actionibus agendum esse, una adversus patrem, altera adversus filium; cum patre de eo cuius dies ante emancipationem cessit... cum filio autem de utroque tempore, id est de tota societate et cet.

f) *Azioni ereditarie e non ereditarie; temporali e perpetue*:

[Doroth.] ad Dig. 27. 3. 10 (Heimb. III, 718, sch. 11): [1]

'Αλλ' εἰ καὶ συμβῇ τελευτῆσαι τὸν ἐπίτροπον τὸν κλέψαντα ἢ ζημιώσαντα τὰ πουπιλλάρια, εἰ καὶ κατὰ φύσιν ἰδίαν ἡ φούρτη καὶ ὁ 'Ακουίλιος κατὰ κληρονόμων οὐ παραπέμπονται, ἀλλὰ μὲν δίδομεν αὐτὰς τῷ πουπίλλῳ κατὰ τῶν κληρονόμων τοῦ ἐπιτρόπου· δοκεῖ γὰρ λοιπὸν ὡς ἀπὸ διοικήσεως ἔνοχος γεγονέναι, διότι ὀφείλων ἑαυτὸν ἀπαιτῆσαι ἅπερ ἔκλεψεν, οὐκ ἀπήτησεν.

[Quin et si tutor mori contigerit, qui subripuit vel corrupit res pupillares, quamvis secundum propriam naturam actio furti et Aquilia in heredes non transmittantur, damus tamen eas pupillo in heredes tutoris: videtur enim ex administratione obligatus esse, propterea quod a se ipso non exegit subrepta, quae debuit exigere.]

La L. 10 cit. è così concepita: (Paul. 8 brev. edicti) Sed non dantur pupillo (sc. actiones furti, damni iniuriae, condictio furtiva), dum tutor tutelam gerit; quamvis enim morte tutoris intereant, tamen pupillus cum herede eius actionem habet, quia sibi solvere debuit.

Ora si guardi come l'Anonimo riassume il testo in Bas. XXXVIII, 3, cap. 10 (Heimb. III, 718):

Παύλου. Οὐ κινοῦνται δὲ τέως. ἀλλ' εἰ συμβῇ αὐτὸν ἀποθανεῖν, ἁρμόζουσι κατὰ κληρονόμων αὐτοῦ, εἰ καὶ τὰ μάλιστα φύσιν ἔχουσι τῷ θανάτῳ φθείρεσθαι.

[Sed non moventur interim. Sed si ille mori contigerit, competunt in heredes eius quamvis plerumque naturam habent morte interire.]

Mi pare innegabile la somiglianza di procedere tra l'indice di Doroteo e la Summa dell'Anonimo; ed è anche qui caratteristica la modificazione formale, nel senso teorico, introdotta nelle Pandette.

[1] Per quanto inserito tutto in antecedenza nell'edizione d'Heimbach, questo sch. 11 da οὐ μὴν ad ἀπήτησεν appartiene all'indice di Doroteo a L. 10 cit.

Nè la tradizione si perde, perchè in uno scolio recenziore al testo dei Basilici (Heimb. V, 285 ad L. 23 § 8 D. 9. 2, sch. 30) si trova detto:

> Σημείωσαι, ὅτι ὁ Ἀκουΐλιος κληρονόμοις μὲν δίδοται, κατὰ κληρονόμων δὲ οὐδαμῶς ... κατὰ φύσιν τῶν ἄλλων μίξταε [1]) ἀγωγῶν.
>
> [Nota quod Aquilia heredibus quidem datur, contra heredes vero numquam ... secundum naturam aliarum actionum mixtarum]

Per le azioni perpetue e temporanee giova ricordare che nello scolio di Stefano a Dig. 5. 3. 36 pr. citato a pag. 38 la natura dell'actio de peculio è richiamata anche a proposito dell' annalità di questa azione in confronto alla perpetuità della hered. petitio. Entrambe poi le distinzioni relative alla ereditarietà e temporaneità debbono essere integrate da testi giustinianei. Giustiniano cioè in C. 2 *de const. pec.* 4. 18 dopo avere annunziato che costruisce la natura della sua actio de const. pec. (C. cit. pr.) nel § 1 dichiara: neque sit in quocumque casu annalis - et heredibus et contra heredes competat. - E nel costruire in L. un. *de rei ux. act.* 5. 13 la natura della sua azione dotale, dispone (§ 3. 4): Primum quid naturale sit ex stipulatu actionis exponatur ... Maneat ex stipulatu actionis ius ad successores ... incorruptum § 6: ad heredes mulieris ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur.

g) *Azioni nossali* (Inst. 4. 8; cfr. 4. 17 § 1).

Su questa categoria di azioni trovo anzitutto scolii recenti, ma essi hanno ugualmente valore perchè copiano lo stesso passo di Stefano, segno evidente che occorre sempre tenerne conto. In Dig. 9. 4 *de nox. act.* 21 § 5. 6. (Ulp. 23 ad Ed.) [2]) si dice che, trattandosi di prestare il giuramento in potestate sua servum non esse, i tutori e curatori, devono essi giurare e che (§ 6) esatto il giuramento, si può agire con l'azione nossale se il servo è posteriormente venuto in potestà (opinione di Sabino). Neratius quoque dicebat post exactum iusiurandum posse actorem detracta noxae deditione experiri et cet

[1]) Qui v'è forse un errore già segnalato da Fabroto.

[2]) Si tratta del commento all'editto: Si is in cuius potestate esse dicetur, negavit se in sua potestate servum habere, utrum actor volet vel deierare iubebo... vel iudicium dabo sine noxae deditione.

Ai corrispondenti passi dei Basilici si hanno due scolii così concepiti.

Heimb. V, 355, sch. 20:

Σημείωσαι τὸ περὶ ἐπιτρόπου καὶ κουράτωρος ῥηθὲν ἐν τοῖς ὅρκοις ἀναγκαιον τουτέστι, κινεῖ κατ' αὐτοῦ τὴν νοξαλίαν, οὐ κατὰ τὴν οἰκείαν φύσιν, ἀλλὰ τὸ διαφέρον ἀπαιτοῦσαν, οὕτως ὁ Στέφανος ἐν τῷ β'. κεφ. φησὶ τοῦ ιε'. τιτ. τοῦ ζ'. βιβ.

[Nota quod dicitur circa tutorem et curatorem in iuramentis necessarium: hoc est moveri contra eum noxalem actionem, non secundum propriam naturam sed id quod interest exigentem. Sic ait Stefanus in cap. 2, tit. 15, lib. 7.] [1]).

Heimb. V, 356, sch. 25

ἐνάγεται] Τουτέστι, κινεῖται κατ' αὐτοῦ ἡ νοξαλία, οὐ κατὰ τὴν οἰκείαν φύσιν, ἀλλὰ τὸ διαφέρον ἀπαιτοῦσα, οὕτως ὁ Στέφανος ἐν τῷ β'. κεφ. φησὶ τοῦ ιε'. τιτ. τοῦ ζ'. βιβ.

[tenetur: hoc est movetur contra eum noxalis actio, non secundum propriam naturam, sed id quod interest exigens: Sic Stephanus ait in cap. 2, tit. 15, lib. 7] [2]).

Ciò per quanto riguarda Stefano; ma Stefano ha forse imparato da Taleleo.

[Thalel.] ad C. 3. 41. 3 (Heimb. V, 377, cap. 46):

.... ἐπὶ τῶν ἰδιωτικῶν ἁμαρτημάτων, αἱ νοξαλίαι κινοῦνται κατὰ τῶν δεσπότων, εἰ μὲν συνήδεισαν, πάντως εἰς τὸ διαφέρον· εἰ δὲ ἠγνόουν ἢ ἠναντιοῦντο, κατὰ τὴν φύσιν τῶν νοξαλίων, ὡς ἔγνως ἐν τῇ δευτέρᾳ διατάξει.

[Ex privatis delictis, noxales actiones moventur in dominos, si scierint, omnino in id quod interest: si vero ignoraverint vel prohibuerint, secundum naturam actionum noxalium, ut didicisti const. 2.]

1) Gli scolii al lib. 7° dei Basilici tit. 15 non li abbiamo.

2) Hagiotheod. in Heimb. V. 344, sch. 10 ha quest'altra espressione: Γίνωσκε περὶ τῆς νοξαλίας καὶ τοῦτο, ὅτι, μετὰ προκαταρχτῆ, τοιαύτην ἔχει φύσιν, ὥστε ὅλον τὸν δοῦλον λαβεῖν εἰς νόξαν. [Cognosce circa noxalem actionem etiam hoc, quod post litis contestationem talem habet naturam, ut totus servus accipiatur in noxam.].

Così procedendo a ritroso si può ricostruire il nesso di derivazione della formula nelle Scuole bizantine.

h) *Actiones famosae* (Inst. 4. 16 § 2).

Steph. ad Dig. 12. 2. 30 pr. v.: *simpli* (Heimb. II, 555, sch. 3):

Εἰ δὲ καί τις ἐξ ἀτιμοποιοῦ ἀγωγῆς ὀμόσει ἐποφείλεσθαι, καὶ τῆς ἀπὸ τοῦ ὅρκου ἰμφάκτουμ κινουμένης ὁ ῥέος κατεδικάσθη, οὐκ ἀτιμοῦται, ἐπειδὴ μὴ κατὰ φύσιν ἡ ἀτιμία παρέπεται.

[Sed et si quis ex famosa actione iuraverit sibi deberi, et reus damnetur instituta actione in factum ex iureiurando, non infamatur, quia non secundum naturam infamia sequitur.]

Stefano vuol dire che le azioni sono famose oppur no per natura; e siccome l'actio in factum ex iureiurando non è famosa per natura, non porta l'infamia anche se si è giurato ex famosa actione. Egli infatti segue: Adeo autem verum est non infamare actionem in factum ex iureiurando, ut dig. 9 them. 2 Ulpianus, fingens quemdam ex famoso iudicio post iusiurandum condemnatum, non ponat institutam actionem in factum ex iureiurando, sed ipsam actionem principalem famosam. Sic enim ibi ait.

Il teste di Ulp. è la L. 9 § 2. 12. 2: Si damnatur quis post iusiurandum ex famoso iudicio, famosum eum magis est. Stefano fa insomma un arg. a contrario, costruendo però in Ulpiano una teoria che non c'è.

i) *Publica iudicia*, *privata iudicia* (Inst. 4 18).

Steph. ad Dig. 17. 1. 29 § 5. v.: *stellionatus crimine* (Heimb. II, 117, sch. 16 a v. Stephani) [1]).

Στεφ. Τὸ οὖν στελλιονάτους ἔγκλημα, εἰ μεν ἀπὸ πριβάτου ἐγκλήματος κινεῖται, δύναται καὶ κατὰ τῶν πριβάτων φύσιν καὶ χρηματικῶς κινεῖσθαι,

[1]) Il testo delle Pandette cui si riferisce la nota di Stefano è un paragrafo interpolatizio; L. 29 § 5 *mandati* 17. 1: In omnibus autem visionibus, quae propositae sint, ubi creditor vel non numeratam pecuniam accepit, vel numeratam iterum accepit, repetitio contra eum competit, nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta: tunc enim propter auctoritatem rei iudicatae repetitio quidem cessat, ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur.

Lo scoliaste fa precedere il tratto riportato sopra dalla introduzione: Docui autem te, deficiente ordinario privato vel publico iudicio, stellionatus crimine

καὶ ἐγκληματικῶς· εἰ δὲ ἐξ ἀτονίας πουβλίκου ἐγκλήματος, οὐ δύναται κινεῖσθαι χρηματικῶς, ἀλλ' ἀνάγκη, κατὰ τὴν τοῦ πουβλίκου φύσιν κινεῖσθαι αὐτὸ ἐγκληματικῶς· πᾶσα γὰρ ἀγωγὴ ἐξ ἀτονίας ἀγωγῆς κινουμένη τὴν φύσιν ἀναδέχεται τῆς ἀγωγῆς ἧς τῇ ἀτονίᾳ κινεῖται.

[Stellionatus crimine igitur, si ex causa privata movetur, secundum privatorum iudiciorum naturam tam pecuniariter quam criminaliter agi potest: si vero deficiente publico crimine, pecuniariter agi eo non potest, sed secundum publ. iudiciorum naturam criminaliter eo agatur necesse est. Omnis enim actio, quae deficiente alia actione movetur naturam eius actionis recipit qua deficiente movetur.]

È qui il caso che io ricordi la L. 12 § 2 D. *quod met. caus.* 4. 2, da me ritenuta interpolata (cfr. cit. scritto p, 621 segg.):

Iulianus ait eum, qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret, hoc edicto non teneri [propter naturam metus causa actionis quae damnum exigit: quamvis negari non possit in Iuliam eum de vi incidisse et creditum amisisse.]

Anche in questo frammento vi è la contrapposizione (in base alla natura actionis) tra un iudicium privatum e un iudicium publicum; e se si pensa che il iudicium publicum vi è introdotto certamente per dar passaggio al Decretum Divi Marci (L. 13 eod.), e che la distinzione generica d'una natura privatorum iudiciorum e d'una natura publicorum iudiciorum è certo bizantina, si dovrà convenire che il guasto resta confermato. E ciò serve anche a rettificare il ragionamento che nello scritto citato (p. 622–623) ho fatto al proposito: ragionamento che nella sostanza credo esatto, non nella forma, poichè quella contrapposizione tra *privato* e *penale*, da romanista, me la sarei potuta risparmiare. Inoltre interpretai (loc. cit. p. 624) la frase *actio exigit* nel senso che l'azione richieda alcunchè come condizione sostanziale.

agi. E la chiusa del passo medesimo mostra chiaramente che il criterio distintivo di quelle due classi è la natura actionis.

Alla nota di Stefano si riporta un tardo scoliaste nel titolo proprio dello stellionato (Bas. 60, tit. 3 - Heimb. V, 664, sch. 1) dicendo: Quaere lib. 14, cap. 29 them 4 (vale 5 perchè gli scoliasti contano da 1 e non da pr.) et ibi adnotationem Stephani, quae satis late docet naturam stellionatus (τὴν φύσιν τοῦ στελλιονάτους) et quando criminaliter tantum intendatur, et quando civiliter et criminaliter.

Ciò è errato: il raro apparire di questa forma nelle fonti classiche ha la sua ragione: *exigit* ha lì un senso effettivo; vuol dire: fa ottenere, esige: è l'ἀπαιτεῖν greco che, unito ad ἀγωγὴ si trova le mille volte nei Basilici e negli scolii più antichi. È inutile che io dia prove, perchè in moltissimi dei testi citati nel presente lavoro quella frase s'incontra e la si può trovare svolgendo poche pagine dei Basilici. Tutta la frase: propter naturam metus causa actionis quae damnum exigit, è pensata alla greca: διὰ τὴν φύσιν τῆς μέτους καῦσα, τὴν ζημίαν ἀπαιτούσης [1]).

♆

Dalla esposizione di testi sin qui fatta mi sembra si possa inferire in modo legittimo che la φύσις τῆς ἀγωγῆς è per le scuole bizantine del VI secolo il criterio secondo il quale si deve procedere alla classificazione sistematica delle azioni. E sotto tale riguardo acquistano valore i versi di Psellus (per quanto recente sia la sua testimonianza), allorchè, riferendosi agli elenchi d'azioni che dovevano essere comuni nella letteratura bizantina (αἱ ἀγωγαί) dice:

(Ποιημ. νομ. v. 55 segg. - Meermann, *Thes.* I, 44):

Πολλοὶ δὲ, συλλεξάμενοι τὰς ἀγωγὰς ἰδίας
σύνταγμα συνετάξαντο ἄξιον εὐφημίας·
τὴν φύσιν γὰρ τῶν ἀγωγῶν ἑκάστης ἑρμηνεύει
καὶ πάντα τὰ ζητήματα καὶ πάσας ὑποθέσεις
εἰς τὴν οἰκείαν ἀγωγὴν πανσόφως ἀναφέρει.

[Multi vero, colligentes singulas actiones, sintagma composuerunt laude dignum; naturam enim actionis cuiusque illud declarat et omnes quaestiones et omnes figuras ad propriam actionem sapientissime reducit.]

[1]) Perchè non si creda ad una mia impressione, ecco due passi dei Basilici, assai chiari a tal proposito: Bas. 48, cap. 13 (Heimb. IV, 727): Κάϊος. τὴν δὲ κατὰ δόλον, οὐ τὴν ἀπὸ ῥᾳθυμίας ἡ ἀγωγὴ αὕτη ζημίαν ἀπαιτεῖ [Gai. damnum autem ex dolo, non ex negligentia haec actio exigit.]. È da notare che il testo di Gaio cui corrispondono i Basilici (Dig. 40, 12. 13 pr.), dice invece: Illud certum est hoc solum in hac in factum actione deduci, quod dolo, non etiam quod culpa factum est. Cfr. ancora Bas. Heimb. I, 804, sch. 3 (Anon. ?): ... καθ' ἣν ἔχει φύσιν τὸ κομμοδῦνι διβιδοῦνδο καὶ τὸ διαφέρον ἀπαιτεῖν καὶ ἐπὶ ζημίᾳ κινεῖσθαι [secundum quam habet natura communi dividundo iudicium et id quod interest exigere et super damno moveri.

Lo schema da noi esaminato appare invero incompleto di fronte al numero delle distinzioni classiche; ma se si osserva che le suddivisioni ivi fatte non si riferiscono che a quelle caratteristiche delle azioni che hanno importanza dal punto di vista del diritto sostanziale, e si parte quindi dal presupposto che la natura actionis è criterio sostanziale, si arriva a trovar la ragione del contrasto.

Infatti, per quanto io vedo, il quadro bizantino, nei riguardi del diritto sostanziale, deve forse essere completato con la distinzione tra azioni *certae* ed *incertae* (non l'ho citata avanti per non riportare lunghi brani, ma vedremo in seguito Stefano attribuire una propria natura al κέρτος κονδικτίκιος, in quanto ripete una determinata somma di denaro in confronto all'actio ex stipulatu che ripete un incertum) e forse ancora con le azioni popolari, su cui nulla si può dire perchè al lib. 60 tit. 32 dei Basilici (de pop. act.) mancano gli scolii [1]); ma fatto ciò emerge chiaro che le altre distinzioni classiche sono assenti perchè di carattere storico o formale.

Così i contrapposti tra actiones civiles e honorariae (praetoriae); tra actiones e interdicta, tra actiones directae e contrariae, directae e utiles; generales e speciales; ficticiae; in ius ed in factum conceptae. [2]) Non è che gli scolii o il testo dei Basilici non si servano honoris causa di siffatti termini (salvo alcuno, come quello relativo alla fictio che non mi pare di aver mai incontrato): se li trascinano come li è portati con sè Giustiniano nella compilazione e come si sono perpetuati colla compilazione anche in Occidente; ma non li apprezzano, ed in sostanza. di alcuni ci è già detto nelle fonti giustinianee che non valgono più nulla, come della distinzione tra azioni ed interdetti (Inst. IV, 15 § 8) e tra azioni dirette ed utili (Dig. 3.5. 47 § 1).

III.

Ma il sistema non è tutto; e la sistematica, che in materia di teorie ha, come osservammo, un grande significato, non è pure la

[1]) Quanto ai *praeiudicia* (citati da Doroteo in § 13 Inst. 4. 6), la loro assenza è dovuta al fatto che son ritenuti azioni in rem (Inst. cit : Praeiudiciales actiones in rem esse videntur) e la pregiudizialità è un carattere formale.

[2]) Gli scolii citati avanti che parlano di natura actionis a proposito dell'actio in factum de calumnia e dell'actio in factum ex iureiurando, non si servono di quel criterio in quanto le azioni sono in factum, ma in quanto portano ad una condanna al duplum od all'infamia.

cosa più importante, giacchè, se è il segno della teoria, non è la teoria stessa. Questa emerge in tutto il suo valore, se la si vede funzionare per la sostanza del tema cui è applicata. Or, per quanto concerne la *natura actionis*, mi sembra che dalla produzione delle scuole bizantine del VI secolo si ricavi con chiarezza che il criterio è appunto applicato largamente nell'accennato riguardo e col suo carattere: quello cioè di criterio sostanziale. Infatti le scuole greche (al pari di Giustiniano) se ne servono anzitutto per risolvere quesiti circa la competenza e l'ammissibilità delle varie azioni che comunque vengano a contatto; ed in secondo luogo indicano con la formula stessa il contenuto sostanziale delle diverse azioni.

Per quel che ha tratto ai rapporti tra le azioni, un primo esempio si ha nel tema delle condictiones, una materia nella quale i testi classici, come sono conservati nella compilazione, non presentano fortunatamente alcuna traccia della teoria.

Già è interessante, non solo come segno del pensiero fondamentale che la natura actionis è quella che decide le relazioni tra le azioni, ma ancor più come presupposto per la teoria della condictio, l'espressione generica di Stefano in uno scolio per altro scopo riportato avanti (ad Dig. 17. 1. 29 § 4 - Heimb. II, 117, sch. 16):

> πᾶσα γὰρ ἀγωγὴ ἐξ ἀτονίας ἀγωγῆς κινουμένη τὴν φύσιν ἀναδέχεται τῆς ἀγωγῆς ἧς τῇ ἀτονίᾳ κινεῖται,
>
> [Omnis enim actio quae deficiente alia actione instituitur, naturam eius actionis recipit qua deficiente datur.] [1],

cui fa riscontro per lo stesso ordine di pensiero Enantiofane (ad Dig. 22. 1. 4 pr.)

> Bas XXIII, cap. 4 (Heimb. II, 685, sch. 6):
>
> Σημείωσαι, ὅτι ἡ νοβατευομένη ἀγωγὴ τὴν οἰκείαν φύσιν δίδωσι τῇ νοβατευσάσῃ.
>
> [Nota quod actio quae novata est naturam propriam praestat ei quae novavit.] [2].

[1]) Lo scolio, si ricorderà, aveva tratto all'actio stellionatus, la quale, a seconda venga in luogo di un giudizio privato o di un giudizio pubblico, prende (per usare la frase di Stefano) la natura dell' uno o dell' altro.

[2]) La L. 4 pr. D. 22. 1 dice: si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est (sc. rem dari) factum tradendi stipulatus intellegitur (non anche i frutti e i

Poichè questo concetto, che un'azione proposta in luogo di un'altra ne assume la natura, è l'anima della teoria bizantina della condictio generalis.

Non c'è che da scorrere le note di Stefano (l'indice fa difetto) al tit. *de rebus creditis* delle Pandette per assicurarsi di questo fatto. L'esposizione è alquanto confusa, piena di ripetizioni e di andirivieni; forse Stefano non lavorava di prima mano, ma ampliava un comento anteriore, come fanno sospettare i brani di formule che ben tosto troveremo, più facilmente attribuibili a chi insegnava ancora sui libri classici prima che la compilazione giustinianea fosse un fatto compiuto.

Ad ogni modo ecco uno schema tratto dagli scolii appartenenti allo Stefano: essi furono in parte già segnalati dal Baron, *Condictionen*, p. 123 seg., il quale però avrebbe forse sentito quale infido appoggio essi costituiscano per indurne un corrispondente stato di diritto nell'epoca romana classica, qualora avesse osservato che fanno parte di tutta una teoria sistematica appartenente alle scuole greche.

Commentando l'iscrizione in Dig. 12. 1: de rebus creditis si certum petetur et de condictione, Stefano dice che la condictio generalis della quale qui propriamente si parla è quella che ripete una certa somma di danaro.

[Steph.] ad inscript. tit *de R. C.* 12. 1 (Heimb. II, 586):

Πρόσκειται δὲ τὸ ἐὰν ᾖ δῆλον καὶ ἀπαιτεῖται, ἐπειδή, περὶ κέρτου καὶ ἐπὶ ἀργυρίου κινουμένης ἀγωγῆς, ἥτις διὰ τοῦ παρόντος κονδικτικίου γίνεσθαι πέφυκεν, ὁ παρὼν τίτλος κυρίως καὶ κατὰ φύσιν διαλαμβάνει ..... φησὶ δὲ καὶ ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ ἕξῆς βιβ. τιτ. γ'. διγ. α'. ὅτι ὁ παρὼν κονδικτίκιος ἐπὶ ἀργυρίων καὶ μόνων ἔχει χώραν.

[additur autem *si certum sit et petatur*, quoniam, de certo et super pecunia numerata actione mota, quaecumque ex praesenti condicticia est, praesens titulus proprie et secundum naturam eam complectitur. Ait autem etiam Ulpianus lib. sequenti tit. 3 dig. 1 quod praesens condicticia in pecunia numerata tantum locum habet.] [1]).

parti delle ancelle) quia non est verisimile plus venditorem promisisse, quam iudicio empti praestare compelleretur. Il bizantino ne trae occasione per notare come l'actio empti presti la sua natura all'actio incerti ex stipulatu.

[1]) Non deve far meraviglia che Stefano qui parli di una *natura* del titolo delle

Ma, se io ho bene inteso lo Stefano, egli vuol bensì asserire che nel tit. 12. 1, secondo la sua vera e propria struttura, si tratta della condictio sopradetta, perchè della ripetizione delle altre res si occupa un altro titolo, ma non intende escludere che la condictio generalis possa richiedere la certa res. Lo stesso titolo 12. 1 del resto menziona una condictio (*et de condictione*) [1]) accanto al *si certum petetur* (che i bizantini interpretano per certa pecunia): e tale aggiunta estende il concetto di condictio

Quindi, se Stefano, annotando le parole: *si certum petetur* dell'iscrizione, dice (Heimb. II, 586, sch. 2):

> Στεφ. Ἐκεῖνος γὰρ μόνος τὸν παρόντα δύναται κινεῖν κονδικτίκιον, ὁ βουλόμενος ῥῆτὴν ἀργύρων μεθοδεῦσαι ποσότητα, ὡς ἐν τῷ ἑξῆς βιβλίῳ μανθάνεις τιτ. γ', ὅς ἐστι δὲ cond. tritic. ἴσθι δὲ, ὅτι ὁ παρὼν κέρτου γενικὸς κονδικτίκιος κατὰ φυσικὴν ἰδιότητα δεσποτείαν ἀνακαλεῖται καὶ ἐμφυτευτικῶς [2]) ἔχει τὸ δάρε.
>
> [Nam ille tantum potest movere hanc condicticiam qui certam pecuniae quantitatem petere vult, *ut disces libro sequenti tit. 3*

Pandette, poichè intende sempre la struttura giuridica positiva. Questa forma è anzi una prova di più del senso tecnico bizantino di questa *natura* che noi studiamo. Essa è poi comune nelle scuole bizantine. Teofilo, Parafr., ad Inst. 2. 18. 3, riferendosi alle parole della c. 30. 3. 28 (Giustiniano): sive adiciatur testamento de implenda legitima portione sive non - osserva: τοῦτο γὰρ καὶ μὴ προσκείμενον, ἡ αὐτὴ διάταξις ὡς φύσει παρεπόμενον δέχεται [hoc enim quamvis non adiectum, ipsa constitutio accipit perinde ac sua natura consequatur]. A ciò si riduce la *natura thematis* che Stefano (Heimb. II, 627, sch. 15) attribuisce al suo precettore (la struttura giuridica del paragrafo). Del resto si tratta di un modo di dire non ignoto a Giustiniano: cfr. Cod. 4. 35. 23 pr.: Ab Anastasio... iustissima constitutio conscripta est... ut ne quis alienum subeat debitum cessione in eum facta, et ne amplius a debitore consequatur his quae praestitit cessionis auctori... Sed cum hi qui circa lites morantur eandem piam dispositionem *in sua natura* remanere minime concesserunt, invenientes machinationem etc. Cfr. ancora Nov. 136, cap. 5: Tunc enim ipsis (se v'è patto espresso) etiam hypothecam concedimus, ut nec *legum* nostrarum in universum *naturam* conturbemus, neque ipsos auxilio quod praestari potest, privemus. Uno scoliaste recenziore annota (Heimb. II, 740, sch. 20): Conturbaretur legum in universum natura, si cum nihil omnino dictum esset quod mentionem hypothecae posset inducere, argentarii hypothecam haberent.

[1]) Cfr. Mitteis; *Iherings Jahrb.* 1898 p. 164.

[2]) Heimbach, *Bas.* II, 586, not. f. annota: Quid illud ἐμφυτευτικῶς significet, iam dubitavit Fabrotus... Forsan significat idem quod φυσικῶς vel κατὰ φύσιν. L'emendazione mi pare indubbia perchè tutto il discorso di Stefano sulla condictio, da un capo all'altro è governato dalla φύσις.

qui est de condictione triticaria. Scias autem quod praesens generalis condicticia secundum naturalem proprietatem dominium revocat, et naturaliter habet τὸ δάρε] [1])

continua cioè a limitare la condictio generalis alla certa pecunia, pur nondimeno, a proposito della L. 24. 12. 1 di Ulpiano [2]), alle parole *certum stipulatus*, osserva (Heimb II, 621, cap. 24, sch. 1):

Στεφ. Ποσότητα τυχὸν κέρτην, ἢ πρᾶγμα ῥητόν. καὶ σημείωσαι, ὅτι ἀπὸ κέρτης ἐπερωτήσεως οὐ τίκτεται ἐξ στιπουλάτου, ἀλλ' ὁ κέρτος γενικὸς κονδικτίκιος, τίκτεται δὲ νῦν κατὰ φύσιν καὶ ἰδιότητα, τοῦτο δὲ αὐτὸ ἔγνως καὶ ἐν τῷ ιε'. τιτ. τῆς γ'. τῶν ἰνστιτ.

[Puta quantitatem certam, vel rem certam. Et nota, quod ex certa stipulatione non nascitur actio ex stipulatu, sed certa generalis condicticia. Nascitur autem nunc secundum naturam et proprietatem. Idem didicisti et tit. 15, lib. 3 Instit.

estende cioè il concetto di condictio generalis alla certa res.

Ad ogni modo noi apprendiamo che anche questa condictio ha una propria natura, i cui capisaldi sono di revocare il dominio, come dice Stefano nel citato commento all'iscrizione del tit. 12. 1 del Dig. e conferma ad Dig l. 3. 16 (Heimb. I, 38, cap. 26, sch. Οἷον):

Οἷον φύσις ἐστί, τὸν κονδικτίκιον κινεῖσθαι ἀπὸ μὴ δεσπότου κατὰ δεσπότου

[verbi gratia natura est condicticiam moveri a non domino contra dominum;]

e di derivare da stipulazione certa;

Steph. ad inscript. tit. *de R. C.* (Heimb loc. cit.):

ἁρμώττει δὲ κυρίως καὶ κατὰ φύσιν ἐπί κέρτης ἐπερωτήσεως· οὔτε γὰρ τίκτεται ἐξ στιπουλάτου ἐπὶ κέρτης ἐπερωτήσεως, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ κδ'. διγ. φησίν, ἵνα εἰπωμεν, ὅτι ἑτέρα ἀναδύεται ἀγωγή, ἀλλὰ πρωτοτύπως κέρτος γίνεται κονδικτίκιος.

[1]) Il passo greco intende riferirsi al *dare* della formula; quindi questa frase è intraducibile senza una modificazione che ne fa perdere l'impronta. Heimbach traduce *dationem*, ma non è: il *dare*.

[2]) Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet per quam certum petitur. (*Interp.*? NABER, *Mnemos.* 92, 112).

[competit autem proprie et secundum naturam in certa stipulatione: neque enim ex certa stipulatione nascitur actio ex stipulatu, ut ait Ulpianus Dig. 24, ut dicamus quod altera actio recedat, sed principaliter nascitur certa condicticia.]

Avendo una struttura giuridica determinata, la condictio generalis non può come tale (stricto sensu) sostituire un'altra azione; e qui infatti si dice che non può prendere il posto dell'actio ex stipulatu (l'origine dalla stipulazione potrebbe far credere che l'actio ex stipulatu sia il tipo vero dell'azione relativa, cui la condictio generalis si sostituisce nel caso di certa stipulatio). Perchè la condictio generalis possa muoversi in luogo di un'altra azione personale occorre che lasci la sua natura specifica e sia intentata come genus, in senso lato, secundum generalem eius significationem; cioè come azione personale il cui petitum è un certum; ed in tal caso non occorre più la revoca del dominio, nè la causa propria di essa, ma essa può assumere la struttura di qualsiasi altra azione personale.

Tenendo presenti i testi precedentemente esposti, questo mi sembra il senso di uno scolio in cui Stefano tratta delle relazioni tra la condictio generalis e le altre condictiones ed azioni personali.

A proposito della L. 4 § 1. 2. 12. 1 (Res pignori data pecunia soluta condici potest... et fructus ex iniusta causa percepti condicendi sunt... ea quae vi fluminum importata sunt condici possunt) il nostro autore riferisce l'opinione di alcuni che non ritenevano si potesse la condictio applicare per ripetere la res pignori data perchè il debitore è domino, ma bensì per ottenerne la aestimatio. Stefano osserva: his textus adversatur, perchè il testo parla della cosa e non della stima; e risolve la questione con questo ragionamento:

Steph. ad Dig. 12. 1. 4 § 1. 2 (Heimb. II, 591):

Στεφ. Καὶ ἐπὶ τοῦ παρόντος ϑέματος καὶ ἐπὶ τῶν ἑπομένων δύο ϑεμάτων, τοῦτ' ἔστι τῶν τε καρπῶν καὶ τῶν ὑπὸ τοῦ ποταμοῦ μετενεχϑέντων κινεῖται ὁ παρὼν κονδικτίκιος. οὐ κατὰ τὴν οἰκείαν μέντοι ἰδιότητα καὶ φύσιν· φησὶ γὰρ αὐτῷ δεσποτέιαν' ἀνακαλεῖσϑαι· ἀλλὰ κατὰ τὴν γενικὴν αὐτοῦ σημασίαν· γενικὸς γὰρ ὢν ὁ παρὼν κονδικτίκιος καὶ περιέχων τὸ ἰνδέβιτον, καὶ τοὺς ὑπὸ τὸν ἰνδέβιτον ἀναγομένους, ἤτοι τὸν καῦσα δάτα καῦσα νὸν σεκοῦτα, τὸν ὀβ τοῦρπεμ βὲλ ἰνιούσταμ καύσαμ, καὶ πρὸς τούτοις καὶ τὸν γενικώτατον τοῦ ἰνδεβίτου, λέγω δὲ τὸν σίνε καύσα κονδικτί-

κιον, καὶ τὸν φούρτιβον, ἔνθα μὲν κινεῖται κατὰ τὴν αὐτοῦ φύσιν καὶ ἰδιότητα, καὶ κυρίως ἀπὸ κέρτης ἐπερωτήσεως· μηδενὸς γὰρ ἑτέρου τικτομένου ἐξ αὐτῆς τῆς κέρτας ἐπερωτήσεως, αὐτόθι ὁ κέρτος γενικὸς τίκτεται κονδικτίκιος, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ κδ'. διγ. τοῦ παρόντος τιτ. φησίν. ἀπὸ μὲν γὰρ τῶν ἄλλων συναλλαγμάτων καὶ αἰτιῶν ἄλλη τις προτίκτεται προτέρα ἀγωγή, οἷον ἐξ ἔμπτο, λοκάτο, δανειακὸς κονδικτίκιος, δεποσίτου, κομμοδάτου, καὶ οὐδὲν ἧττον ἀπ' αὐτῶν ὁ κέρτος γενικὸς κονδικτίκιος ἀναδυόμενος τὴν ἤδη λεχθεῖσαν ἀγωγήν, ὡς γένος κινεῖται· ἀπὸ δὲ κέρτης ἐπερωτήσεως οὐδὲν ἕτερον τίκτεται ἢ μόνος ὁ κέρτος γενικὸς κονδικτίκιος. καὶ εἰκότως ἀπὸ κέρτης ἐπερωτήσεως κατὰ φύσιν καὶ ἰδιότητα κινεῖται. ἔνθα οὖν κατὰ τὴν ἰδίαν φύσιν καὶ ἰδιότητα κινεῖται, καὶ οὐχ ὑποδύεται τὸν καύσα δάτα κονδικτίκιον, καὶ τὸν φούρτιβον, φυλάττει πάντως τοὺς ἰδίους ὅρους, καὶ δεσποτείαν ἀπαιτεῖ κεχρημένος τῇ ἀκριβείᾳ τοῦ σὶ πάρετ δάρε ὀπορτέρε. ὅπερ ἔστιν ἰδεῖν ἐπὶ κέρτης ἐπερωτήσεως. ἐπὶ ταύτῃ γὰρ κατὰ τὴν οἰκείαν ἰδιότητα κινούμενος ὁ παρὼν κονδικτίκιος ἀκαινοτόμητον καὶ ἀπαράβατον τὴν οἰκείαν φυλάττει φύσιν καὶ δεσποτείαν ἀπαιτεῖ ἔνθα δὲ μὴ κατὰ τὴν οἰκείαν ἰδιότητα, ἀλλ' ὡς γένος κινεῖται, τότε τὴν φύσιν ἀναδύεται τοῦ κονδικτικίου ὑπὲρ οὗ καὶ κινεῖται. καὶ ἐπὶ τῶν παρόντων τοίνυν θεμάτων ἐπειδὴ οἶδας, ὅτι ταῦτα τῷ σίνε καύσα κονδικτικίῳ ἤτοι τῷ ἐξ ἰνιούστα καύσα κονδικτικίῳ διαφέρει, παρεκβαίνει τοὺς ἰδίους ὅρους, καὶ τὴν ἰδίαν ἰδιότητα, καὶ τὴν φύσιν, καὶ ὥσπερ ὑποδυομένου τοῦ ἐξ ἰνιούστα καύσα, καὶ τοῦ σίνε (καύσα) κονδικτικίου, δίδωσιν ἑαυτὸν τῷ δεσπότῃ τοῦ ἐνεχύρου, καὶ τῶν καρπῶν (καὶ) τῶν ὑπὸ τοῦ ποταμοῦ μετενεχθέντων, εἰ καὶ δεσποτεία (τῶν) ἀπαιτουμένων αὐτὸν ὁρᾷ. φύσις γὰρ τῷ ἐξ ἰνιούστα καύσα κονδικτικίῳ τὰ ὅπως δήποτε ἀδίκως κατεχόμενα ἀνακαλεῖσθαι, κἂν δεσπότης ᾖ ὁ κινῶν, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ ε'. τιτ. τοῦ παρόντος βιβλίου φησὶ διγ. ς'. καὶ ὅτι μὲν τῷ ἐξ ἰνιούστα αύσα κονδικ τικίῳ φύσις αὕτη, μαρτυρεῖ ὁ Παῦλος ἐν τῷ ις'. βιβ. τιτ. γ'. διγ. ιγ'. ἀπὸ γὰρ δόλου τοῦ δεποσιταρίου δίδωσι τῷ παραθεμένῳ τὸν κονδικτίκιον καὶ ταῦτα δεσπότου ὄντος τῆς παραθήκης. ἰνιοῦσταν γὰρ λέγω καύσαν, οὐ τὴν ἄδικον μόνην, ἀλλὰ καὶ τὴν (μὴ) δικαίαν. κανονικῶς γὰρ ἐπὶ πάσης μὴ δικαίας κατοχῆς (ὁ) ἐξ ἰνιούστα, ἤτοι ὁ σίνε καύσα δίδοται κονδικτίκιος, ὡς καὶ ὁ Μαρκιανὸς ἐν τῷ κε'. τῶν διγ. βιβ. τιτ. β'. διγ. κε'. κανονίζων φησίν. ὥστε οὐδὲν θαυμαστόν, εἰ γενικὸς ὢν ὁ προκείμενος κονδικτίκιος ὑποδύεται καὶ ἀναλαμβάνει τὴν φύσιν τοῦ ἐξ ἰνιούστα καύσα κονδικτικίου ἐπὶ τῶν παρόντων θεμάτων καὶ ἐπιδίδωσιν ἑαυτὸν τῷ κινοῦντι, κἂν δεσπότης ᾖ τῶν ἐνεχύρων, ἢ τῶν καρπῶν, ἢ τῶν ὑπὸ τοῦ ποταμοῦ μετενεχθέντων.

[etiam in praesenti casu et duobus casibus sequentibus, hoc est in fructibus et rebus a flumine translatis haec condicticia movetur non tamen secundum proprietatem suam et naturam: dicitur enim ea dominium revocari: sed *secundum generalem eius significationem*: cum enim praesens condicticia generalis sit et complectatur condicticiam indebiti. et quae ad eam referuntur, id est cond. causa data caus. non sec., cond. ob turpem vel iniust. caus. et praeterea generalissimam indebiti condicticiam scilicet sine causa et furtivam, quando intenditur secundum naturam suam et proprietatem, et proprie condicticiam ex stipulatione certa: nam cum nulla alia ex ipsa stipulatione certa oriatur, statim certa condicticia generalis nascitur, ut ait Ulp. Dig. 24 h. t. Nam ex aliis quidem contractibus et causis alia quaedam nascitur actio prior, utputa ex emto, locato, conducto, ex mutuo condicticia, actio commodati depositi: et nihilominus ex iisdem certa condicticia generalis *induens actionem iam dictam, velut genus intenditur*: ex certa autem stipulatione nulla actio nascitur. praeter solam generalem certam condicticiam. Et merito ex certa stipulatione secundum naturam et proprietatem suam movetur. Ubi igitur secundum naturam specialem et proprietatem intenditur et non assumit condicticiam causa data vel cond. furtivam, servat omnino fines suos, et dominium petit et utitur subtilitate formulae, si paret dare oportere. Quod cognosci potest in stipulatione certa. In ea enim, si praesens condicticia secundum proprietatem suam moveatur, illibatam et perpetuam naturam suam servat, et dominium exigit. *Ubi vero non secundum proprietatem suam, sed tamquam genus movetur, tunc induit naturam condicticiae pro qua et intenditur.* Et in praesentibus igitur casibus quoniam didicisti quod haec ad condicticiam sine causa et ex iniusta causa pertinent, egreditur terminos suos, et proprietatem suam et naturam, et *velut suscepta cond. ex iniusta causa et sine causa*, dat se ipsam domino pignoris, et fructuum et eorum quae a flumine translata sunt, licet dominium eorum quae petuntur, ad eum pertineat [1]). Nam haec est natura con-

[1]) A questo luogo si riferisce il passo d'uno scoliasta recenziore di cui in Bas. Heimb. II, 585 (ad inscript. tit.): .... ἐνίοτε καὶ πράγματα τῆς ἡμετέρας ὄντα

dicticiae ex iniusta causa, ut ea, quae quomodocumque iniuste possidentur revocet, licet dominus sit, qui agit ut ait Ulp. tit. 5 h. libri Dig. 6. Et quod natura condicticiae ex iniusta causa haec est auctor etiam est Paul. lib. 16 tit. 3. Dig. 13. Nam ex dolo depositarii condicticiam dat depositori licet rei depositae dominus sit. Iniustam enim dico causam, non iniustam tantum, sed et non iustam. Regulariter enim in omni non iusta detentatione ex iniusta sive sine causa datur condicticia ut definit etiam Marcian. 25 Dig. tit. 2. L. 25. Itaque mirum non est, si, cum *proposita condicticia generalis sit, induat et recip'at naturam condicticiae ex iniusta causa* in praesentibus casibus, seque agenti dedat, licet dominus sit pignorum, aut fructuum aut eorum, quae vi fluminis translata sunt] [1]).

Lo stesso ordine di idee si osserva nelle note alla celebre e interpolata L. 9 *de reb. cred.*:

Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex

δεσποτείας διὰ κονδικτικίου ἀπαιτοῦμεν, οἷον διὰ τοῦ φουρτίβου, καὶ τοῦ ἐξ ἰνισύστα καύσα, καὶ τοῦ σίνε καύσα, καὶ αὐτοῦ τοῦ κέρτου ὑποδυομένου φύσιν ἑνὸς τούτων, ὡς διδάσκει πλατύτερον ὁ Στέφανος ἐν τῷ β΄. Ξεμ. τοῦ δ΄. κεφ. τοῦ παρόντος τιτ. [...interdum res quoque quae nostri dominii sunt per condicticiam exigimus: puta per (condictionem) furtivam et ex iniusta causa, et sine causa, et per ipsam certam (condictionem) *induentem naturam untus ex his*, ut latius docet Stephanus them. 2. cap. 4 huius tit.].

[1]) Ed a proposito delle parole: *condici possunt* in L. 4 § 2 cit. ripete lo Stefano (Heimb. II, 592, sch. Διά): Δ:ὰ τοῦ γενικοῦ κονδικτικίου ὑποδυομένου τοῦ σίνε καύσα (Heimb. loc. not. *bb*. rettifica il τοῦ in τὸν, ma forse manca dopo le ultime parole τὴν φύσιν). [Per generalem condictionem induentem condictionis sine causa naturam – oppure: condictionem sine causa]. – Io ritengo che la mia emendazione sia la vera perchè uno scolio recenziore alle parole dei Basilici: Ἀπαιτοῦνται τὰ κατὰ βίαν τοῦ ποταμοῦ ἀφαιρεξέντα [Exiguntur quae vi fluminis ablata sunt (è il § 2 cit.)] riassume e copia Stefano come segue (Heimb. II, 592, sch. 5): Διὰ κέρτου κονδικτικίου ὑποδυομένου τὴν φύσιν τοῦ σίνε καύσα κονδικτικεύονται, ἤγουν ἀπαιτοῦνται. ἀπαίτησις γὰρ ὁ κονδικτικιος, ὡς βιβ. νβ΄. κεφ. κε΄. καὶ ὧρα ἐνταῦθα, ὅτι ὁ κονδικτίκιος ὁ κέρτος κατὰ μὲν οἰκείαν φύσιν ἐπὶ νομισμάτων μόνων κινεῖται· παρεξερχόμενος δὲ τὴν φύσιν αὐτοῦ καὶ ὑποδυόμενος, ὡς γενικός ὢν, ἑτέραν φύσιν, δύναται ἀπαιτεῖν καὶ ἑτέρα πράγματα. ἀνάγνωθι καὶ κεφ. ξ΄. καὶ βιβ. κδ΄. τιτ. η΄ κεφ. ζ΄. πάνυ ἀναγκαῖον. [*Per certam condicticiam induentem naturam condicticiae sine causa* condicuntur, seu petuntur. Condictio enim petitio est ut lib. 52, cap. 25. Et observa hoc loco, in certam condicticiam secundum naturam quidem

incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condic re dummodo praesens sit obligatio.

Come nel caso precedente, non tutti erano persuasi della possibilità di usare la condictio in caso non si trattasse di certum; e qui il dissidente era Teofilo [1]. Ma Stefano, col sistema della natura actionis giustifica il testo, sia per quel che riguarda il suo esclusivo riferimento alle azioni personali (in quanto non ritiene che la condicticia generalis, anche deponendo la propria natura specifica, possa istituirsi al luogo di un'actio in rem); sia per quanto riguarda la sua forma generale per tutte le obbligazioni (in quanto espone di nuovo il suo punto di vista che qui la condicticia generalis si può sempre applicare, poichè depone la propria natura e prende la natura dell'azione per cui viene istituita). Con l'actio in rem la condictio non può concorrere neppure nella sua generalis significatio, poichè condictio vale azione personale appunto in contrapposto a vindicatio: è sempre per natura diversa dall'actio in rem.

[Steph,] ad Dig 12. 1. 9 pr. v.: *certi condictio competit ex omni causa* (Heimb. II, 595, sch. Τέως):

εἴρηται δὲ [Οὐλπιανός] τὸ ἐξ ὅμνι καύσα [ἤτοι τὸ ἐκ πάσης αἰτίας] οὐ πρὸς τὴν ἐν ῥέμ. οὐδέποτε γὰρ ἀντὶ τῆς ἐν ῥὲμ ὁ παρὼν κινεῖται κονδικτίκιος κατὰ φύσιν ἤτοι κατὰ τὴν προσοῦσαν αὐτῇ ἰδιότητα. ἡ μὲν ἐν ῥὲμ παρὰ τοῦ δεσπότου κινεῖται.

[ait enim (Ulpianus) *ex omni causa*, non quantum ad actionem in rem. Numquam enim pro actione in rem praesens movetur condicticia secundum naturam seu proprietatem quae ei inest. Actio in rem movetur a domino].

Ed insiste su questa relazione negativa nella nota a L. 9 § 1. 12. 1 v.: *competit ex legati causa* (Heimb. II, 596, sch. 6) [2]:

suam venire tantum pecuniam numeratam: cum autem egreditur naturam suam, et aliam naturam induit, utpote generalis, alias quoque res per eam peti posse. Lege et cap. 9 et lib. 24, tit. 8. cap. 7 valde necessarium].

[1] Cfr. HEIMB. II, 595 ad Dig. 12. 1. 9 pr. sch. Βλέπε γάρ. È questa forse una veduta di Teofilo che non ha prevalso nella commissione Giustinianea, che compilò le Pandette. Del resto noi non sappiamo *quando* Teofilo l'abbia espressa, perchè egli insegnava anche prima della compilazione.

[2] Il testo greco di questo scolio, nella parte più interessante, si trova già riferito a p. 39.

Steph. Ne exinde existimes quod, quia potest etiam actionem in rem legatarius super legato movere (ut dicit constitutio lib. 6 Cod. tit. 51 posita), ideo etiam in hoc casu potest etiam pro in rem actione moveri secundum naturam condicticia. Legatarius enim non habet actionem in rem principaliter competentem sed ex introductione et auctoritate constitutionis. Hoc loco igitur condicticia movetur non secundum naturam actionis in rem: non enim principaliter competit legatario, sed ex introductione et auctoritate, uti dixi, constitutionis. Movetur autem pro actione ex testamento quae principaliter competit legatario. Ne decipiaris igitur ac dixeris, quod etiam pro actione in rem induens autem condicticiam ex iniusta causa intenditur a domino, iuxta ea quae tibi a me tradita sunt in Dig. 4 huius tituli.

Come si vede, Stefano si riferisce al suo passo fondamentale in questa materia della condictio: alla nota a L. 4 § 2. sopra riportata [1]). E ciò, in sostanza, lo esonera dal ripetere quel che ha detto sul rapporto tra la condictio generalis, l'actio ex stipulatu, le altre condictiones e le altre azioni personali. Nonostante, a proposito delle parole del testo latino: *dummodo praesens sit obligatio*, insiste incidentalmente nella sua idea:

[Steph.] ad Dig. 12. 1. 9 pr. v.: *dummodo praesens sit obligatio* (Heimb. II, 596, sch. 4):

Τουτέστι, μόνον εἰ ἤρμοσεν ἡ πρωτότυπος ἀγωγή, ἐξ ἧς βούλεται κινῆσαί τις τὸν κονδικτίκιον. οὗτος γὰρ ὑπὲρ ἑτέρας κινούμενος ἀγωγῆς τὴν φύσιν αὐτῆς ὑποδύεται· καὶ ὥσπερ ἐκείνη πρὸς τῆς ἡμέρας ἢ τῆς αἱρέσεως οὐκ ἐκινεῖτο, οὕτως οὔτε ὁ κονδικτίκιος ἐνδαψιλευομένης ἔτι τῆς αἱρέσεως ἢ τῆς ἡμέρας ἐνδέχεται κινεῖσθαι. ὅπερ κατὰ φύσιν τῇ πρωτοτύπῳ μὴ πρόσεστιν ἀγωγῇ, τοῦτο πλάττεσθαι καὶ ἑαυτὸν περιθεῖναι ὁ παρὼν οὐκ ἀνέχεται κονδικτίκιος.

[1]) Uno scolio recenziore non deve aver capito Stefano (Heimb. II, 596, sch. 3): Κονδικτίκιος κέρτος, ὃς οὐδέποτε ἀντὶ τῆς ἐν ῥέμ κινεῖται κατ' οἰκείαν φύσιν, ἀναδυόμενος δὲ δύναται κινηθῆναι, ὡς κεφ. ὃ. κεμ. β'. ἀνάγνωθι καὶ τὰς ἐκεῖσε παραγραφάς [certa condicticia, quae numquam pro actione in rem movetur secundum propriam naturam, eam respuens potest moveri, ut cap. 4, them. 2. Lege et ibidem adnotationes].

[Hoc est, si modo competit principalis actio, ex qua vult quis condicticiam intendere. *Condicticia enim, quae pro alia actione intenditur, naturam eius induit*: et quemadmodum illa ante diem aut condicionem intendi non potest, ita nec condicticia suppetente adhuc condicione vel die moveri potest. *Quod secundum naturam principali actioni non inest, illud fingere sibique tribuere praesens condicticia non sustinet.*]

Tutta l'esposizione di Stefano può, a prima vista, apparire come la soluzione di un' intricata questione mediante l'uso di una forma indeterminata e vaga, che non dice di più di quello che dica la frase latina: certi condictio competit ex omni causa, ex qua certum petitur. Ma ciò non è vero; e per rendersi chiaro che cosa intendano le scuole giuridiche bizantine con lo scambio della natura actionis, occorre vedere qual sia il contenuto di tale formula dogmatica: il che a me sembra spiegherà pure l'uso di essa nei rimanenti casi di rapporti tra le azioni che s' incontrano negli scolii greci.

IV.

Se si guardano le dichiarazioni degli scoliasti sino ad ora elencate, non si può a meno di osservare che la natura actionis, conformemente al suo carattere sostanziale, ha per contenuto la determinazione di ciò che risponde alle due domande: quando compete l'azione - quid venit in actionem?

Tutte le distinzioni sistematiche esposte nel § 1 hanno in fondo la funzione di rispondere, sulla base della natura actionis, al primo quesito; ma alcune mettono anche formalmente in evidenza questo significato e questa importanza della formula. Vi è detto, infatti, che è nella natura dell'actio in rem di non poter essere intentata che dal domino, come è in quella della condicticia di esser mossa da chi vuol revocare il dominio: alla stessa idea è ricondotta la ereditarietà o non ereditarietà delle azioni, l'annalità o la perpetuità loro, la possibilità di istituire l'actio negotiorum gestorum, nonostante l'avvenuta transazione, e la competenza dell'actio stellionatus. In questo indirizzo è Giustiniano, quando, a proposito del constitutum e dell'actio de dote, stabilisce la perpetuità, l'ereditarietà ed altre condizioni delle azioni relative come pertinenti alla loro natura, e ritiene che sia nella natura

di talune azioni il non poter essere proposte che entro certi termini (cfr. i testi nel cit. mio lavoro p. 608-611). E soltanto se si innestano entro questo schema, acquistano spiegazione e valore la L. 27 § 2 D. de pactis 2. 14 che pei termini di restituzione della dote parla di *natura* attribuita dalla legge all'azione dotale, la C. 11 de act. pignerat. 4, 24 che ascrive alla natura della pigneraticia di non poter essere proposta se non soluto debito, e la L. 14 § 13 D. de religiosis 11, 7 che riferisce alla natura della funeraria il poter essere proposta anche in caso di espresso divieto dell'erede, a differenza dell'actio negotiorum gestorum. Questi frammenti si manifestano, in altri termini, applicazioni ragionate di un'idea fondamentale, soltanto se si riannodano all'idea bizantina: essi la presuppongono, quindi non possono averla generata.

Per quanto riguarda il secondo quesito: il quid veniat in actionem, gli scolii sono, se è possibile, anche più espliciti: essi se lo propongono alla maniera greca col: *quid exigit actio*? E vediamo, per conseguenza, che dipende dalla natura actionis il poter esigere il simplum, il duplum, il quadruplum, l'ammettere la compensazione, le deduzioni o la condanna in q. facere potest, la liberazione con la noxae datio o con la prestazione dell'id quod interest, il portare o no l'infamia. Ciò spiega perchè le azioni arbitrarie siano tali per natura, perchè portano con sè tacitamente la possibilità pel convenuto di liberarsi pagando in tempo quanto il giudice stimerà, mentre in altre il quid veniat è fisso ed inevitabile. Giustiniano anche qui procede per la stessa strada e la natura dell'actio ex stipulatu da lui costruita sta lì a dimostrare che vi intende comprese tutte le responsabilità del convenuto fissate nella sua legge.

La determinazione del quid veniat in actionem costituisce la parte più importante del contenuto della natura actionis; e si comprende, poichè effettivamente ciò che più interessa in tema di azioni dal punto di vista sostanziale è di conoscere l'efficacia dell'azione singola. Si vedano i passi seguenti:

A proposito dell'actio locati:

[Thalel.] ad Cod. 4. 65. 4 (*Zeitschr. Gesch. R. W.* 15, 105):

κατὰ φύσιν γὰρ οὐκ ἀπαιτεῖ ἡ locati εἰ μὴ culpαν μόνην, καὶ μὴν exactam. μὴ θεματίσῃς δὲ τὴν δορυγὴν ὑπὸ λῃστοῦ γενέσθαι· τιχη[ρὰ] γάρ ἐστιν αἰτία καὶ ὑπερβαίνει καὶ τὴν exactam.

[secundum naturam enim locati actio non exigit nisi culpam tantum et quidem exactam. Verum ne ponas effracturam a latrone factam esse, id enim fortuitus casus est et vel exactam diligentiam excedit.] [1]).

A proposito dell'actio commodati e depositi:

[Thalel.] Cod. 4. 23. 1. = Bas. XIII, 1, cap. 24 (Heimb. II, 23):

Ὁ κομμοδάτου [2]) κατὰ φύσιν μὲν οὐκ ἐπιβάλλει τὸν τυχηρὸν κίνδυνον τῷ χρησαμένῳ. ἐὰν δὲ τοῦτο συμφωνηθῇ, δύναται καὶ μετὰ τὴν τυχηρὰν ἀπώλειαν κινηθῆναι.

[Commodati actio natura quidem non onerat periculo casuali commodatarium, sed si hoc convenerit, etiam post fortuitum interitum commodati agi potest.] [3]).

Interessante è il confronto tra uno dei frammenti classici più generali in materia di responsabilità da contratto e due note di Stefano: costui vede la natura actionis che il testo non ha.

L. 5 § 2 D. *commodati* 13. 6: Nunc videndum est quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa, an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito, nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: [nisi forte et merces accessit, tunc enim ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur, aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem de-

[1]) Questo ragionamento generale e la costruzione teoretica sono di Taleleo, poichè la L. 4. C. *De locato et cond.* 4. 65 dice: ... domini horreorum effractorum ... custodes exhibere necesse habent, nec ultra periculo subiecti sunt.

[2]) Così Heimbach; Fabroto ha ἡ κομμοδάτι: qui il cod. Coisl. è certo peggiore.

[3]) Ecco il testo della costituzione, di cui il passo greco rappresenta quel che noi diremmo *la massima*, esposta col linguaggio giuridico del tempo: L. 1. C. *De commodato* 4, 23. Ea quidem, quae vi maiore auferuntur, detrimento eorum quibus res commodantur *imputari non solent*. Sed cum is, qui a te commodari sibi bovem postulabat... periculum... in se suscepisse proponatur, praeses provinciae..... placitum conventionis implere eum compellet. Il testo dei Bas. è qui formato con l'indice di Taleleo, perchè il κατὰ πόδας segue dopo: è dunque Taleleo che costruisce.

ponitur.] [1]) sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore ut in societate, et dolus et culpa praestatur.

[Steph] ad Dig. 13. 6. 5 § 2. v.: *ubi utriusque utilitas vertitur* (Heimb. II, 7, sch. 7 in fin.):

Δυνατὸν δέ ἐστιν, αὐτὸν τον χρήσαμενον λέγω, ὑποκεῖσθαι καὶ τοῖς τυχηροῖς, ἐὰν τοιοῦτον γένηται σύμφωνον, ὡς ἀνήνεκται βιβ. δ'. τοῦ κωδ. τιτ. ξδ'. διατ. α'. θεμάτισον δὲ τὸ σύμφωνον ἐξ κοντινέντι γειόμενον, ἐπεὶ οὐ μετατυποῦται ἡ ἀγωγὴ ἐπ' ὠφελείᾳ τοῦ ἄκτορος, οὐδὲ τὴν οἰκείαν ἡ κομμοδάτι φύσιν ἀμείβει, ὡς ἀνωτέρω ἐπὶ τῆς δεπόσιτί σοι παραδέδοται· καὶ ἐν ᾧ δὲ διατετιμημένον ἔλαβε τὸ χρησθέν, οὐχ ἁπλῶς, οὐδὲ ὡς ἔτυχεν, ἀλλ' ὡς ἀναδεχόμενος τὸν τοῦ πράγματος κίνδυνον, ὑπόκειται τοῖς κατὰ τύχην συμβαίνουσιν ὁ χρησάμενος.

[Possibile autem est, eundem commodatarium dico, subiacere fortuito casui, si tale quid pactum fiat, ut refertur lib. 4 C., tit. 64 const. 1. Finge autem pactum ex continenti factum, quia alioquin actio in utilitatem actoris non transformatur, *nec propriam commodati actio naturam mutat* [2]) ut supra in tit. depositi traditum tibi est. Etiam cum rem aestimatam accepit commodatarius, non simpliciter nec subito, sed ut rei periculum susciperet, fortuito quoque casui subiaceat.]

E con evidente riferimento alla parte interpolata della cit. L. 5 § 2. 13. 6:

Steph. ad Dig. 16. 3. 1 § 8 (Heimb. II, 27, sch. 11) [3]):

Στεφ. Σημείωσαι, ὅτι γρατούιτον [ἤτοι κατὰ χάριν]εἶναι δεῖ τὸ δεπόσιτον· μισθοῦ γὰρ δοθέντος ἢ συμφωνηθέντος οὐκέτι δεπόσιτι, ἀλλὰ λοκάτι καὶ κονδοῦκτι· καὶ λοιπὸν οὐ μόνον ἀπὸ δόλου, ἀλλὰ καὶ ἀπὸ κούλπας

[1]) *Interp.* Cfr. EISELE, *Zeitschr. Sav.-Stift.* 11, 26. Ulpiano non può aver detto che, nonostante la mercede intervenuta, il negozio resti deposito: si veda Ulp. in L. 1 § 8 depositi.

[2]) Che cosa sia questa natura dell'actio commodati è detto nello stesso scolio, più avanti: è la responsabilità per dolo, colpa, custodia e diligenza che incombe al commodatario a seconda dei casi, ma non pel periculum.

[3]) La L. 1 § 8 D. *depositi* 16. 3 dice: Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri, et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto.

καὶ διλιγεντίας κατέχεται ὁ τὸ πράγμα λαβὼν μετὰ μισθοῦ ἐπὶ τῇ παρακαταθήκῃ τοῦ πράγματος ἤτοι ἐπὶ τῇ φυλακῇ τοῦ παρατεθέντος, εἰ καὶ μὴ τὴν αὐτὴν ἐπιμέλειαν ἡ κονδοῦκτι κατὰ φύσιν ἀπαιτεῖ, ὡς ἐν τῷ προσφόρῳ τιτ. μανθάνεις.

[Nota quod gratuitum debet esse depositum: mercede enim data vel conventa non amplius depositi, sed loc. cond. (actio competit?): et de cetero non solum doli, verum etiam culpae et diligentiae nomine tenetur qui rem accepit cum mercede pro re deposita, id est pro deposito custodiendo, etiamsi non eandem diligentiam conducti actio secundum naturam exigat, ut titulo congruo disces.] [1]).

A proposito del iudicium communi dividundo:

[Anon.?] Bas. XII, 2, cap 8 (Heimb. I, 804, sch. 3 Δύναται):

..... καθ' ἣν ἔχει φύσιν τὸ κομμοῦνι διβιδοῦνδο καὶ τὸ διαφέρον ἀπαιτεῖν... καὶ ἐπὶ ζημίᾳ κινεῖσθαι.

[.... secundum quam habet naturam iudicium communi dividundo et id quod interest exigere et super damno moveri.]

Dolo, dunque, colpa, diligenza, caso, danno, id quod interest; questi sono elementi che entrano a far parte della natura di ogni singola azione: alcune volte questa natura non è modificabile, altre volte il patto può cambiarla: onde gli scoliasti dicono:

[Steph.] ad Dig. 2. 14. 7 § 5 (Heimb. I, 560; cfr. *Manuale* ad h. l):

ἔσθ' ὅτε δὲ μετατυποῖ τὴν ἀγωγὴν καὶ καινοτέραν ὥσπερ αὐτῇ χαρίζεται φύσιν, ὡς ἐπὶ τῶν βόνα φίδε ἀγωγῶν.

[Interdum autem (pactum) actionem transformat, et quasi novam ei naturam tribuit, ut in bonae fidei actionibus.]

[Steph.] ad Dig. 2. 14. 7 § 6 (Heimb. I, 574, sch. 36):

Εἰρήκαμεν, ὅτι διὰ τῶν συμφώνων καὶ πλατύνειν καὶ μειοῦν τὰς φύσεις τῶν ἀγωγῶν δύνατόν ἐστι.

[Diximus quod pactis augere et minuere naturas actionum

[1]) Giovanni annota: Hoc autem loco (actio conducti) exigit etiam exactam diligentiam extra propriam naturam [παρὰ τὴν οἰκείαν φύσιν]: quod observa.

possibile est.] Segue accennando che il patto deve essere valido, altrimenti non può mutare la natura actionis [1]).

Soltanto se innestati in questa costruzione ben determinata e svolta dalle scuole greche sul *quid exigit actio*, acquistano spiegazione piena e certa le formule di due testi delle Pandette ch'io ritenni interpolati (cfr. cit. scritto p. 630 segg.):

L. 60 D. *de evict.* 21. 2: Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam [*et ex natura ex empto actionis hoc quod interest.*]

L. 11 § 1 *de A. E. V.* 19. 1: Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari quod inter contrahentes actum est. [*quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.*]

Il testo dei Basilici non dà che la traduzione in succinto dei due passi (Bas. Heimb. II, 323, cap. 56; II, 287, cap 11); ma due scolii antichi suggeriscono qualche osservazione sulla L 11 § 1 cit.

Anon. ad Dig. l. 3. 16 (Heimb. I, 38 ad cap 26, sch. τοῦ Ἀνων.):

Τοῦ Ἀνωνύμου. Εἰσί τινες ἀγωγαί, αἵτινες ἐχουσί τινα φυσικῶς ταύταις ἑπόμενα· οἷον ἡ πρᾶσις καὶ ἡ ἀγορασία φυσικῶς ἔχει τὸ ἐπερωτᾶσθαι τὴν δούπλαν. τοῦτο γὰρ κατὰ φύσιν τῇ ἐξ ἔμπτῳ παραπέπηγεν ὡς βιβ. ι'. τιτ. ια'. κεφ. β'. τὸ δὲ ἐγγυητὴν ἐπὶ τῇ δούπλᾳ διδόναι τὸν πράτην παρὰ τῆς πράσεως κανόνας ἐστί· πλὴν ἰδικῶς νομοθετηθὲν παρὰ τὸν καθόλου ἰσχύει καὶ εἰ συμφωνηθῇ, οὐκ ἔστι κόντρα λέγειν τὸ σύμφωνον· ἐξ ἰδικοῦ γὰρ νόμου κυροῦται.

[Quaedam actiones sunt quae habent nonnulla naturaliter ipsis sequentia. ut puta emptio et venditio naturaliter habet peti duplam: hoc enim secundum naturam actioni ex empto cohaeret ut l. 19, tit. 11, cap. 2: fideiussorem duplae nomine dare

[1]) La materia della responsabilità è quella su cui si aggira la teorica degli scoliasti sulla *natura contractus*. Gli scolii che ho messi insieme a tal proposito lumeggerebbero assai la presente materia; ma per ragione di metodo debbo rimandarne l'esposizione.

venditorem contra venditionis regulas est: extra quam singulariter constitutum contra ius universale valet: et si convenerit, non est contra legem pactum: nam lege singulari confirmatur.]

[Steph.] ad Dig 2. 14. 7 pr. - § 5 (Heimb. I, 561):

Ὁ πράτης ἐπερωτᾶσθαι ὀφείλει τήν περὶ ἐκνικήσεως δοῦπλαν, ἐγγυητὴν δὲ παρέχειν ἐπὶ τῇ ἐπερωτήσει τῆς δούπλας οὐκ ἀναγκάζεται. τοῦτο οὖν ἐξ ἔμπτο κατὰ φύσιν ποιεῖν μὴ δυναμένης, εἰ σύμφωνον ἐξ ἰντερβάλλο γένηται..... ἆρα ἔρρωται;

[venditor duplam evictionis nomine promittere debet, fideiussorem autem stipulationis duplae nomine dare non cogitur. Hoc igitur ex empto actione secundum naturam efficere non valente, si pactum ex intervallo factum sit..... num valet?]

Che i naturalia di un'azione comprendano *soltanto* le norme derogabili per convenzione è negato da questi scolii, i quali in sostanza esaminano *sin dove* il patto possa modificare la natura actionis, la quale comprende dunque anche le norme inderogabili. Per lo Stefano ciò è chiaro negli stessi termini, e se si pensa che nella natura actionis le scuole greche comprendono la responsabilità per dolo, e se si confronta lo scolio ad Dig. 2. 14. 7 § 6 riportato avanti (pag. 71) la cosa rimane fuori dubbio. Ma anche l'Anonimo è nel medesimo ordine di idee, poichè il suo scolio commenta la L. 16. D. 1. 3 (che definisce il ius singulare) e dice che i naturalia di una azione si possono modificare sin dove la legge lo permette. Egli però accenna che secondo la nostra L. 11 § 1 cit. è nella natura dell'actio empti di esigere il doppio per l'evizione. È una interpretazione, perchè il passo non parla di ciò, ma in genere dispone: ea praestabuntur quae naturaliter insunt huius iudicii potestate. Or questa interpretazione non può essere originale dell'Anonimo, ma deve derivare da un commentatore più antico che conosceva la composizione delle Pandette ed era stato a parte del lavoro di compilazione, poichè corrisponde a quanto i commissari di Giustiniano hanno fatto per utilizzare il commento di Ulpiano alla formula dell'actio empti. Se si guarda infatti la *Palingenesia* del Lenel (Ulp. 32 ad Ed. 930 segg.) si osserva che essi hanno stralciato appunto i passi riguardanti la responsabilità per evizione [Lenel. 930. Dig. (21. 2) 4. 37] per andarli a collocare

nel titolo *de evict.* a due libri di distanza [1]). E l'esempio che fa l'Anonimo coincide a capello con due dei paragrafi stralciati:

> L. 4 pr. 21. 2: Illud quaeritur an is qui mancipium vendidit debeat fideiussorem ob evictionem dare quem vulgo auctorem secundum vocant. et est relatum non debere, *nisi hoc nominatim actum est.* (Il passo evidentemente si riferiva in origine all'actio auctoritatis).
>
> L. 37 pr. 21. 2: Emptori duplam promitti a venditore oportet [2]) *nisi aliud convenit*: non tamen ut satisdetur, *nisi si specialiter id actum proponatur*, sed ut repromittatur.

L'Eisele (*Zeitschr. Sav.-Stift.* 10, 315) ha già segnalata l'intrusione in questi frammenti di tutte le clausole restrittive col: *nisi convenit, nisi si actum est.* E tutta questa manipolazione mi spiega la nascita del periodo interpolato in L. 11 § 1 cit., poichè i compilatori non avevano lasciato nel commento di Ulpiano tutti quelli che per loro erano naturalia dell'actio empti, avendo portato via la responsabilità per evizione, e sentirono la necessità di sostituire la mancanza con una frase generale di completamento; e questa frase corrisponde alla formula che pei bizantini comprende tutto il quid veniat in actionem: quod *naturaliter* actioni inest. Ciò mi spiega pure il sorgere di quell'illogico *si nihil convenit*, che è un riassunto delle clausole interpolatizie sopra accennate. Un'ultima nota. Il Lenel, *Palingen.* p. 63, not. 2, a proposito della L. 4 pr. de evict., sopra trascritta, osserva che Ulpiano doveva aver prima accennato che nella vendita fatta mediante mancipazione il venditore era tenuto con l'actio auctoritatis. Giusta considerazione, perchè il testo certamente si riferiva alla vendita di un mancipium. Ma l'essere la responsabilità, chiamata tecnicamente *auctoritas*, inerente a simile vendita può costituire un argomento per attribuire ad Ulpiano la frase: ea praestabuntur quae naturaliter insunt huius iudicii potestate? Io non lo credo. Che l'auctoritate teneri derivasse di diritto dalla mancipazione è un fatto che i clas-

[1]) Lo stesso sistema si ha pei commenti di Paolo, Gaio e per i Digesti di Giuliano. - Cfr. la *Palingenesia* del LENEL. Paul. 33 ad Ed. 515, Gai 10 ad Ed. Prov. 242, Iul. 15 Dig. 256.

[2]) *Sc. si mancipio non datur.* LENEL, *Palingen.* p. 630, n. 4. in base a GIRARD, *Garantie d'éviction*, p. 130.

sici stabiliscono; ma che questo carattere sia un *naturale* del negozio compiuto con mancipazione essi non lo dicono in nessun luogo. Questa formula non la trovo che in Giustiniano in una costituzione che per fortunata contingenza parla della vendita di un servo, come il testo accennato:

Cod. 7. 17. 2 § 1. 3.

Cum ..... enim per adsertores super libertate iudicium agitabatur, si in medio adsertore litem agente adsertus ab hac luce fuerit subtractus, necessitas imponebatur nihilo minus adsertori litem implere, ut emptor, si victus erat et pro libertate fuerat pronuntiatum, habeat regressum adversus venditorem, ut ei quasi liberae personae venditor reddat id quod emptionali instrumento continebatur *vel natura contractus exigebat.*

§ 3. Sancimus ... in praesenti casu licentiam esse emptori adversus suum auctorem venire, quatenus vel ostendat venditor servum se vendidisse, vel si non potuerit, quasi libera persona vendita evictionis periculum ad eum revertatur.

Giustiniano riferisce una quistione che nel diritto classico normalmente si doveva agitare per la mancipazione e l'auctoritas coi termini del suo tempo applicabili soltanto alla vendita (natura *contractus*!) cioè parla del caso classico raffigurandolo soltanto come si sarebbe potuto verificare nel VI secolo. Lo stesso fa il nostro testo delle Pandette che col suo *naturaliter inesse* si riferisce a passi che parlavano distintamente di vendita per mancipazione e di vendita, e furono livellati e ridotti a trattare di vendita in genere.

V.

Se natura actionis sta ad indicare tutte le condizioni sostanziali entro cui può sorgere un'azione ed il quid veniat in actionem, si intende il sistema giustinianeo delle condictiones.[1]) Una natura actionis così fatta non può non essere strettamente collegata alla causa, anzi non può esserne che il riflesso. Ecco perchè i Giustinianei che non classificano altrimenti le azioni se non dal punto di vista della

[1]) Cfr. BARON, *Condictionen*, p. 109 sg.

loro *natura* ci hanno presentato nelle Pandette e nel Codice un sistema di cause da cui nasce la condictio.[1]) Essi non conoscono più la condictio procedurale classica, ma delle condictiones. E gli scoliasti a loro volta ci svelano che questa è l'idea genetica di quel sistema, attribuendo a ciascuna condictio una propria natura, a seconda della causa da cui deriva, e costruendo ancora delle condictiones che mancano nella compilazione, come la condictio ex mutuo e la condictio de bene depensis.

[Steph.] ad Dig. 12. 1. 12 v.: *condictionem... adquiri* (Heimb. II, 607, sch. 8):

Γνῶθι τὴν φύσιν τοῦ ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος κονδικτικίου. ἐπεὶ γὰρ ὁ κέρτος γενικὸς κονδικτίκιος μόνῳ δεσπότῃ κατὰ κανόνα δίδοται, ὅστις καὶ μεταφέρειν δύναται τὴν τῶν νούμμων δεσποτείαν ἐπὶ τὸν λαμβάνοντα· ἐπὶ δὲ τοις προτεθεῖσι τούτοις τρισὶ θέμασιν, ὁ μὲν οὐκ ἦν δεσπότης τῶν νομισμάτων· ἀλλότρια γὰρ ἐθεμάτισε ταῦτα· ὁ δὲ μαινόμενος ὢν ἀντὶ ἀπόντος ἐνομίζετο· ὁ δὲ οὐκ εἶχε πεκουλίου διοίκησιν· διὰ τοῦτο δέδωκε τὸν ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος κονδικτίκιον διὰ τὴν ἄγνοιαν τοῦ δανεισαμένου. οὔτε γὰρ ἐκδικεῖν τὰ νομίσματα δυνατὸν ἦν ἤδη δαπανηθέντα, οὔτε ὁ κέρτος ἥρμοσεν ὡς μήτε τῆς δεσποτείας μετατεθείσης ἐπὶ τὸν λαβόντα, τοῦ μὲν μὴ ὄντος δεσπότου, τοῦ δὲ μὴ ἔχοντος ἐλευθέραν πεκουλίου διοίκησιν.

[Disce naturam condicticiae de bene depensis. Quoniam enim certa generalis condicticia soli domino datur secundum regulam, qui et dominium nummorum in accipientem transferre possit: in tribus autem propositis casibus vel nummorum dominus non erat: fingit enim alienam pecuniam fuisse: vel furiosus pro absente habebatur, vel servus non habebat liberam peculii administrationem: ideo condicticiam de bene depensis dedit propter ignorantiam eius, qui mutuum accepit. Neque enim nummi iam consumpti vindicari poterant, nec certa condicticia competebat, quasi dominio in accipientem non translato, quod qui dedit dominus non esset, vel liberam peculii administrationem non haberet.]

[1]) È merito del BARON, *Condictionen*, p. 45 segg., di aver messo in chiaro la derivazione bizantina di tale sistema, e di aver notato che esso si basa sul diritto sostanziale.

Nè basta, poichè anche la condictio generalis, come osservammo, ha una propria natura che si determina dalla causa (certa stipulatio): [1] il quid venit in actionem suo proprio non coincide sempre con quello di altre azioni, nè essa compete se non a chi revoca il dominio. Per renderla adatta a sostituire le altre azioni personali occorre privarla di questa struttura propria: ed allora non rimane della condictio che un'azione personale il cui petitum è un certum. Ma in tal modo nel diritto giustinianeo l'attore può sempre proporre la sua domanda, [2] nè è con ciò ripetuta l'astrattezza formale classica (assenza di causa) della condictio, [3] perchè nel processo giustinianeo non è ammessa una domanda che non si basi su fatti, che non esponga la causa: allora non resta se non che il giudice deve decidere in base a questa, cioè applicando in realtà le condizioni sostanziali dell'azione che alla causa si attaglia in via principale: onde è pieno di significato che la condictio generalis in concorso con le altre azioni è un semplice genus: lascia la propria natura specifica ed assume la natura dell'azione per cui è proposta. L'idea del Baron (*Condictionen*, p. 87 segg, p. 122 sgg.) che volle far risalire all'epoca classica questo stato di cose non può ormai più sostenersi di fronte all'accertamento che la L. 9 pr. de R. C. è di fabbricazione dei compilatori. [4] Al contrario la teoria di quella legge e degli scoliasti sul κέρτος γενικὸς κονδικτίκιος, considerata come teoria giustinianea, ci manifesta tutto un movimento di distruzione dell'edificio classico delle azioni personali, da cui deve

[1] Baron, loc. cit. p. 62, mi pare abbia senza ragione negato in via assoluta l'esistenza presso i bizantini di una condictio ex stipulatione, poichè una condictio ex stipulatione certa c'è, ed è la condictio generalis. Una condictio ex incerta stipulatione non potevano costruirla perchè si opponeva la L. 24. 12. 1 (si confronti il già riferito scolio di Stefano a questa legge).

[2] Mitteis, *Iherings Jahrb.* 1898, p. 159 segg. ha dimostrato che in Giustiniano il pericolo della pluris petitio non è più quello classico (causa cadere) ma si limita ad una penale: in sostanza l'attore poteva sempre evitarlo chiedendo meno perchè il giudice poteva attribuirgli quanto veramente gli spettava. Così pure è caduta la sponsio tertiae partis, e il iusiurandum in iure è divenuto comune a tutte le azioni con le trasformazioni fattegli subire dai compilatori. Ciò spiega la possibilità pratica dell'estensione data nel diritto giustinianeo alla condictio in concorso con le altre azioni personali.

[3] Con ciò non intendo ammettere che nel diritto classico esistesse il concorso della condictio con tutte le altre azioni personali: certo però il carattere astratto l'ha resa adattabile ad una svariata serie di rapporti.

[4] Cfr. Girard, *Manuel* (1901) p. 607, n. 1, e gli autori ivi citati.

uscire quella che sarà l'*azione personale*. Giustiniano presenta ancora, alla sua maniera, una figura di transazione: nella realtà infatti la condictio generalis (come genus) non è un'azione a sè stante perchè il suo carattere dipende dal rapporto in base a cui è proposta; nella forma è ancora un'azione distinta perchè deve mettersi accanto a tutto il catalogo classico che l'imperatore conserva come sacro monumento. Il mezzo è il certum petitum (e nel processo giustinianeo si può ancora chiedere un incertum), ma siccome esso non ha più conseguenze pratiche, e d'altra parte costituisce la maniera più naturale di esporre le proprie pretese in un processo libero da formule obbligatorie, [1]) ben si vede che attraverso questo mezzo non si viene ad una *reale* distinzione della condictio generalis come genus dalle altre azioni.

✠

Un'azione si trova dai compilatori collocata accanto al titolo *de rebus creditis* 12. 1, ove essi hanno costruito la condictio generalis proponibile per tutte le altre azioni personali, ed è l'actio in factum derivante dal giuramento volontario (Dig. 12. 2), che anch'essa ha la proprietà di sostituire tutte le azioni, qualora le parti abbiano convenuto di ricorrere al giuramento (L. 3 § 1. 12. 2). Or la teoria delle relazioni tra quest'actio in factum e l'azione principale è costruita dalle scuole sullo stesso stampo di quella del κέρτος γενικὸς κονδικτίκιος. Prendendo infatti occasione dalla L. 30 pr. 12. 2, nella quale Paolo esamina il quesito se istituita l'actio in factum sulla base di un'azione che porti con sè la litiscrescenza, si possa ottenere il duplum ovvero il simplum, e decide che si ha diritto al solo simplum, Stefano si eleva ad una costruzione generale.

[Steph.] ad. Dig. 12. 2. 30 pr. v. *simpli* (Heimb. II, 555, sch 3):

μὴ ἐντεῦθεν νομίσῃς, ὅτι ἰμφάκτουμ κινουμένης οὐκ ἀναδέχεται κατὰ πάντα τὴν φύσιν ἡ πρωτότυπος· διὰ τοῦτο γὰρ ἐνταῦθα τὴν ἐξ ἀρνήσεως δίπλωσιν οὐκ ἀπαιτοῦμεν αὐτῆς κινουμένης, ἐπειδὴ μὴ κατὰ φύσιν ὁ Ἀκουίλιος ἔχει τὴν δίπλωσιν, ἀλλ' ἐξ ἀρνήσεως ἐπιγινομένης αὐτὴν ἀπαιτεῖ. ὥσπερ ἐπὶ τῆς φούρτι κινουμένης παρὰ τοῦ ὁμωμοκότος ὑποστῆναι κλοπὴν ἡ ἀπὸ τοῦ ὅρκου ἰμφάκτουμ τὸ διπλοῦν ἢ τὸ τετραπλοῦν ἀπαιτεῖται. ταῦτα

[1]) Cfr. MITTEIS, loc. cit. p. 164.

γὰρ κατὰ φύσιν τῇ φούρτῃ παρέπεται, καὶ ἀνάγκη ἐπὶ τούτοις τὸν ῥέον καταδικάζεσθαι, ὡς δηλοῖ τὸ παρατελευταῖον θέμα τοῦ κη'. διγ. εἰ δὲ καί τις ἐξ ἀτιμοποιοῦ ἀγωγῆς ὀμόσει ἐποφείλεσθαι, καὶ τῆς ἀπὸ τοῦ ὅρκου ἰμφάκτουμ κινουμένης ὁ ῥέος κατεδικάσθη, οὐκ ἀτιμοῦται, ἐπειδὴ μὴ κατὰ φύσιν ἡ ἀτιμία παρέπεται.

[Ne hinc existimes, quod in factum actione mota non sustineat per omnia naturam principalis actio. Propterea enim hic duplum ex infitiatione non exigimus, mota in factum actione, quia non secundum naturam Aquilia habet duplum, sed ex infitiatione superveniente illud exigit: sicut in actione furti quam intendit is qui iuravit furtum sibi factum esse actione in factum ex iureiurando duplum vel quadruplum consequimur. Haec enim furti actionem secundum naturam eius sequuntur, et reus omnino in duplum vel quadruplum condemnari debet, ut ostendit them. penult. dig. 28. Sed et si quis ex famosa actione iuraverit sibi deberi, et reus damnetur instituta actione in factum ex iureiurando, non infamatur quia non secundum naturam infamia sequitur.]

Il senso di questa annotazione, come ben si vede, si può ripetere perfettamente con la formula usata dagli scoliasti per la condictio generalis: l'actio in factum ex iureiurando assume la natura dell'azione per la quale è proposta: nè la portata di tale formula sarebbe qui diversa da quella applicata alla condictio, giacchè anche qui, stabilito che si è giurato, il giudice deve attribuire all'attore quanto gli avrebbe attribuito secondo la natura dell'azione principale.

Ancora la stessa idea si trova a proposito dell'actio pecuniae constitutae cui Giustiniano ha notoriamente attribuito un carattere generale. La testimonianza ci è conservata per fortuna nell'indice di Doroteo alla L. 33 pr. D. *de donat.* 39. 5, poichè gli scolii al titolo *de const. pec.* non sono conservati.

Dice la L. 33 pr. cit: Qui id quod ex causa donationis stipulanti spoponderat, solvi constituit, actione constitutae pecuniae non in solidum, sed in quantum facere potest convenitur; causam enim et originem constitutae pecuniae, *non iudicii potestatem praevalere placuit.* sed et condemnatus ex causa donationis in actione iudicati non frustra desiderat in q. f. p. conveniri.

Doroteo, riportando questa legge la interpola come segue:

[Doroth.] ad Dig 39. 5. 33 pr. (Heimb. IV, 577, cap. 32, sch. 1):

Ὁ προφάσει δωρεᾶς ἐπερωτηθεὶς τινι, κἂν ἀντιφωνήσῃ καταβαλεῖν τοῦτο τὸ χρέος, οὐδὲ τῇ pecuniae constitutae κατέχεται, εἰ μὴ εἰς ὅσον εὐπορεῖ· τὴν γὰρ αἰτίαν καὶ ἀρχαιογονίαν τῆς ἀντιφωνήσεως ζητοῦμεν, οὐ μὴν τὴν φύσιν τῆς pecuniae constitutae. εἰ δὲ καὶ καταδικασθῇ εἰς ὁλόκληρον ὁ ἀπὸ δωρεᾶς γενόμενος ἔνοχος, καὶ πρὸς αὐτὴν τὴν ἰουδικάτι δύναται δικαιολογεῖσθαι, ἵνα μὴ εἰς πλέον ἀπαιτηθῇ ὧν εὐπορεῖ.

[Qui donationis causa stipulanti spoponderat licet hoc debitum se soluturum constituerit, ne pec. const. actione quidem tenetur, nisi in quantum facere possit: causam enim et originem constitutae pecuniae quaerimus, *non naturam actionis pecuniae constitutae*. Sed et si ex causa donationis obligatus in solidum condemnatus sit adversus ipsam iudicati actionem allegare potest, ne ultra quam facere possit, conveniatur.]

La trama del ragionamento è sempre la stessa: l'actio constitutae pecuniae ha una propria natura, ma come azione generale che si sostituisce ad un' altra deve lasciarla per assumere la natura dell'azione per cui è proposta.

Come ben si vede questa teoria ci spiega che cosa hanno voluto fare i compilatori col costruire sullo stesso stampo due testi famosi:

L. 9 pr. *de reb. cred* 12. 1: Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto.

L. 1 § 6 *de const. pec.* 13. 5: Debitum autem ex quacumque causa potest constitui, id est ex quocumque contractu sive certi sive incerti, et si ex causa emptionis quis pretium debeat vel ex causa dotis vel ex causa tutelae, vel ex quocumque alio contractu.

Ma il processo di distruzione dell'edificio classico delle azioni e di conservazione formale non si manifesta soltanto in questi casi in cui alcune azioni vengono in genere private della loro individualità, e scolorite sino a farne dei nomi che nella realtà nascondono altre azioni ma emerge ancor più in casi speciali, allorchè Giustiniano

mescola le azioni classiche, mantenendo l'actio ex stipulatu (actio de dote) cui fa assumere una parte della natura dell'actio rei uxoriae, e mantenendo l'actio constitutae pecuniae con una parte di natura della recepticia: una mostruosità dal punto di vista classico, poichè è possibile per un classico pensare che da un rapporto nascano più azioni e che queste si possano proporre ciascuna di per sè in via cumulativa; ma certo non sarebbe per lui pensabile che un'azione faccia valere condizioni proprie di un'altra e che ad essa sono estranee. Ma dal punto di vista giustinianeo, se la bruttezza tecnica resta, quelle misture hanno un significato interno assai importante: esse voglion dire che in realtà se una data figura di rapporto si complica con elementi di un altro rapporto, in modo che l'azione nominata dal primo non può bastare a risolverla, la quistione principale non sarà più quella che divideva inconciliabilmente i classici: quale delle due azioni compete?, ma sarà l'altra: che cosa spetta all'attore?: e quanto all'azione sarà possibile che resti una delle due, ma assuma elementi a sè estranei tratti dall'altra.

Un esempio pratico corrispondente a ciò che Giustiniano ha fatto per le costruzioni legislative del rapporto dotale e del constitutum ci è offerto dagli scoliasti in relazione a due testi classici famosi:

L. 15 D. 12. 1 (Ulp. 31 ad Ed.): Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.

L. 34 pr. D. *mandati* 17. 1 (Africanus 8 quaest.): Qui negotia Lucii Titii procurabat, is cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti passit et an usurae peti possint. respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam

habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. His argumentum esse eum qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. Et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut quamvis ipsius periculo nummi fierent, tamen usuras de quibus convenerit, praestare debeat.

I due passi hanno resistito, come è noto, a tutti i tentativi di conciliazione per riguardo alla teoria del mutuo. Fermandoci al caso del mandato, che è quello di cui principalmente si occupa Africano, è chiaro che le controversie teoriche tra i giureconsulti miravano a stabilire quale delle due azioni (actio certae creditae pecuniae oppure actio mandati) dovesse applicarsi in modo esclusivo. Una transazione tra le due azioni non penetra nella loro mente. Invece si consideri l'ordine di idee di Stefano e di Teofilo in confronto ai due testi accennati:

Steph. ad Dig. 12. 1. 15 (Heimb. II, 611, sch. 5):

Τοῦτό ἐστιν τό θαυμαστόν, καὶ δοκοῦν ὥσπερ παρὰ κανόνα, ὅτι μηδὲ ἀπαριθμήσεως γενομένης ἐπὶ δανείῳ, μηδὲ ἐπερωτήσεως κατὰ νοβατίονα, τίκτεται ὁ κονδικτίκιος, ἤτοι ἡ μανδάτι ἀναδυομένη τὸν κονδικτίκιον [τοῦ κονδικτικίου] τὴν φύσιν, ὡς ὁ Ἀφρικανὸς ἐν τῷ ιζ΄. βιβ. τιτ. α΄. διγ. λδ΄. φησίν, [ἤτοι βιβ. ιδ΄.] τίς δὲ ἡ διαφορά; ὅτι ἡ μανδάτι βόνα φίδε τυγχάνουσα καὶ τὸν ἀπὸ συμφώνου δύναται τόκον ἀπαιτεῖν, ὡς φησιν ὁ Ἀφρικανὸς ἐν τῷ αὐτῷ διγ. λδ΄. ἀνάγνωθι τὴν ἐκεῖσε κειμένην παραγραφήν. καὶ μὴ ἐναντιωθῇ σοι τό εἰρημένον πρὸς τῷ τέλει τοῦ θ΄. διγ. τοῦ παρόντος τιτ. ἔνθα τις εἶπε τῷ ἔχοντι τὴν παραθήκην, χρῆσαι τοῖς νομίσμασι, καὶ πάντα μετετυπώθη, ὡς μηκέτι δεποσίτου, ἀλλὰ δανειακὸν κινεῖσθαι κονδικτίκιον· ἐκεῖ γὰρ ἐπειδὴ ἡ δεσποτεία τῶν νομισμάτων τῶν παρατεθέντων ἦν ἔτι παρὰ τῷ παραθεμένῳ, ἅμα δὲ καὶ εἶπε, χρῆσαι τοῖς νομίσμασιν, εἰκότως ὡς δεσποτείας τῶν νομισμάτων μετατεθείσης δανειακὸς συνέστη κονδικτίκιος. εὗρε γάρ τι κατὰ φύσιν τῷ δανείῳ παρεπόμενον, τὴν τῆς δεσποτείας λέγω μετάθεσιν. ἐνταῦθα δὲ οὗ μετατέθη δεσποτεία τῶν ἐποφειλομένων ἀπὸ τοῦ μανδάτου· παρ' αὐτῷ γὰρ ἦν καὶ πρῶτων τῷ ἐνταλ-

θέντι. καὶ εἰκότως δεσποτείας μὴ μετενεχθείσης μένει μὲν μανδάτι, ἀναδύεται δὲ τοῦ κονδικτικίου τὴν φύσιν, διὰ τὸ συνδόξαι ταῦτα ὡς ἀπὸ δανείου εἶναι παρὰ τῷ ἐποφλήσαντι, καὶ δοκεῖν ὥσκερ λαβεῖν μὲν τὰ νομίσματα τόν ἐντειλάμενον, αὖθις δὲ αὐτὸν παρασχεῖν τῷ πρώην ἐνταλθέντι, οὐ μὴν ταῖς ἀληθείαις μετενηνέχθαι, ὡς ἐπὶ τοῦ δεποσίτου.

[Hoc mirabile est, et videtur quasi contra regulam, quod nec facta numeratione mutui nomine, nec stipulatione novandi causa nascitur *condicticia, seu actio mandati, quae assumit naturam condicticiae*, ut ait Africanus lib. 17 tit. 1. dig. 34 [seu lib. 14] [1]) Quaenam autem differentia est? Quod mandati actio, cum bona fide sit usuras etiam ex pacto exigere potest, ut ait Africanus in eodem Dig. 34. Lege ibi positam adnotationem. Nec tibi obstet quod dicitur circa finem Dig. 9 h. t. ubi quis dixit habenti depositum, ut nummis uteretur, omnia quoque transformata sunt, ut non amplius depositi actioni, sed condicticiae ex mutuo locus sit; ibi enim quia dominium nummorum depositorum adhuc erat penes depositorem, simul autem dixit utere nummis, merito quasi dominio nummorum translato condicticia ex mutuo constitit. Invenit enim aliquid, quod mutuum secundum naturam subsequitur, dominii, inquam, translationem. Hoc autem loco non est dominium translatum eorum quae ex causa mandati debebantur: erat enim et primum penes mandatarium. Et merito dominio non translato *manet quidem mandati actio, assumit autem naturam condicticiae*, eo quod convenerit, ut ex causa mutui esset apud debitorem, et videretur mandator nummos quidem recepisse, rursus autem pristino mandatario tradidisse, non revera transtulisse, ut in deposito.]

Theoph. ad Dig. 17. 1. 34 pr. (Heimb. II, 121, sch. 1; cfr. VI, 269, nota *b*):

..... ἐροῦμεν, ἔνοχον ἔσεσθαι τῇ μανδάτι τὸν προκουράτωρα, ἐκ τυχηρᾶς τῶν νομισμάτων ἀπωλείας κινδυνεύοντα. πλατύνεται γὰρ ἐνταῦθα ἡ φύσις τῆς μανδάτι, διὰ τὸ τὸν αὐτὸν ἀδίκως εἰπεῖν, ὅτι βούλεται τοῖς νομίσμασιν συγχρήσασθαι. παρέχει δὲ καὶ τόκους ἀπὸ τοῦ γενομένου συμφώνου, ἐπειδὴ τῶν βόνα φίδε τὸ συνάλλαγμά ἐστιν. ἐπὶ γὰρ τῶν βόνα φίδε ἀγωγῶν ἀνεπερώτητος τόκος ὀφφικίῳ τοῦ δικάζοντος ἀπαιτούμενος.

[1]) È una interpolazione dei compilatori dei Basilici.

[dicemus, procuratorem mandati teneri, ad quem fortuitae nummorum amissionis periculum pertinet. *Augetur enim hoc casu mandati actionis natura*, quia idem iniuria dicit, se pecunia uti velle.Praestat et usuras ex pacto inito, quia contractus b. f est. Nam in b. f. iudiciis usurae in stipulationem non deductae officio iudicis exiguntur.]

Quel che è interessante in questi due scolii non sono gli sforzi teorici per conciliare i passi delle Pandette[1]), ma la indifferenza con cui si dice che l'azione data da Ulpiano e quella data da Africano sono in fondo la stessa cosa, poichè si tratta di un'actio mandati che è mescolata con qualche cosa di condicticia: e questo qualche cosa, secondo la testimonianza di Teofilo, è il *periculum* che non incomberebbe al mandatario, mentre sarebbe a carico del mutuatario. Ora, con tutta verisimiglianza è proprio ciò che ha voluto far Giustiniano con l'inserire nelle Pandette così il testo di Ulpiano come quello di Africano; ed il procedere degli scoliasti che è quello stesso tenuto altrove dall'Imperatore, può darci l'unico modo di conciliare, dal punto di vista Giustinianeo, i due passi. Essi valgono entrambi, dato il rapporto (il mandatario chiede di ritenere in mutuo quanto deve pel mandato): l'azione che per Giustiniano è data in via principale è quella di mandato (il contratto iniziale); ma al patto posteriore si dà valore applicando dei naturalia della condictio, quella parte che è compatibile col giudizio di buona fede: e, se ben vedo, lasciando da parte ciò che deriva dal carattere di stretto giudizio della condictio, non resta che il periculum.

Tutto ciò mi si conferma guardando il testo di Africano, perchè non so persuadermi che le frasi relative al periculum siano quivi genuine. Il passo contiene una *quaestio*, nè il giureconsulto si propone il quesito del periculum, ma quello delle usure. Il periculum appare soltanto dopo:

His argumentum esse eum qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, *nihilo magis pecuniam*

[1]) Stefano sforza il senso della parola *videatur* di Ulpiano per fargli dire che non c'è vero mutuo, ma una convenzione a ciò diretta che non riesce a trasformare l'obbligo da mandato in obbligo da mutuo, mentre nel caso del deposito omnia transformata sunt. Teofilo spiega la condictio in base alla retentio ex iniusta causa. - Ma nonostante, al rapporto qual'è bisogna dare una decisione equa, ed a questa deve sacrificarsi la logica delle azioni.

creditam recte petiturum: [et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore qui accepisset argentum.]

Appare dunque giust'appunto allorchè Africano insiste energicamente a negare l'esistenza della pecunia credita che lo porterebbe come conseguenza. Ed è ripetuto nell'ultima parte del testo:

Et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem ut [quamvis ipsius periculo nummi fierent, tamen] usuras de quibus convenerit praestare debeat,

dove mi pare evidente l'intrusione del quesito nuovo su quello unico delle usure, cui risponde il giureconsulto [1]).

Con questa aggiunta del periculum nel testo di Africano, Giustiniano trasporta tacitamente la natura condictionis nella natura dell'actio mandati. Torni a mente qui il § 15 della Const. *Tanta*: Contrarium aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit... sed est aliquid novum... occulte positum, quod dissonantiae quaerellam dissolvit, et aliam naturam inducit.

✠

In sostanza l'idea che in un giudizio speciale possano mescolarsi elementi estranei appartenenti alla natura di un'altra azione, purchè non contrastino con la natura propria del giudizio medesimo, spiega alcune dichiarazioni di Stefano, e la sua teoria sul concorso delle azioni in senso stretto.

Oggi che consideriamo l'azione soltanto da un punto di vista sostanziale, diciamo col Windscheid (*Pand.*[8] § 193, p. 877) che nella reivindicatio, qualora il convenuto non possa restituire la cosa senza deteriorazioni, all'Anspruch diretto alla restituzione si aggiunge un Anspruch diretto alla prestazione dell'interesse: vediamo dunque l'azione in rem attirare un elemento personale. Forse i Romani arrivarono a comprendere questo elemento nell'azione reale attraverso il « nisi arbitratu tuo restituat » della formula arbitraria, secondo la massima che la cosa non si intende restituita, se è restituita deteriorata. Ad ogni modo lo Stefano, servendosi della *natura actionis*,

[1]) Qui l'interpolazione appare anche dalla cattiva struttura del passo che il Mommsen ha rilevato e che ha tentato correggere.

ragiona in maniera simile alla nostra.[1] Già a proposito della L. 36 pr. 5. 3, lo vedemmo esprimersi così: Nota quando hacreditatis petitio induat de peculio sive personalis actionis naturam - ma l'ordine suo di idee si vede meglio quando a proposito della L. 27 § 2 de R. V. 6 1, quale è in Giustiniano:

> Paul. Si homo petitus dolo possessoris deterior factus sit, deinde sine culpa eius ex alia causa mortuus sit, aestimatio non fiet eius quod deteriorem eum fecerat, quia nihil interest petitoris. [Sed haec quantum ad in rem actionem: legis autem Aquiliae actio durat;]

Stefano annota:

> [Steph.] ad Dig. 6. l. 27 § 2. v.: *aestimatio non fiet eius* (*Suppl. Zach.* p. 18, sch. 87):
>
> εἶπον γάρ σοι καὶ ἐν τῷ ιζ' διγ. ὅτι ἡ τῆς ἀπομειώσεως διατίμησις οὐ κατὰ φύσιν τῆς ἐν ῥὲμ, ἀλλὰ per iudicem ἀπαιτεῖται.
>
> [dixi enim tibi etiam in dig. 17 (leggi 13) quod deteriorationis aestimatio non secundum naturam in rem actionis, sed per iudicem exigitur.]

È probabile che al testo classico sia stato aggiunto da Giustiniano l'ultimo periodo con la citazione dell'Aquilia; ma è certo che la ragione data da Paolo, per cui qui non si procede alla aestimatio deteriorationis è: quia nihil interest petitoris, non l'altra data da Stefano che tale aestimatio non è nella natura dell'actio in rem. Che anzi, argomentando dal contesto del passo, Paolo dice la ragione per cui qui si esclude, appunto perchè è inerente.

Corrisponda o no al testo classico, la nota di Stefano ha questa base: L'actio in rem per natura richiede la cosa con le accessioni: quando il giudice fa in essa la aestimatio deteriorationis introduce nel giudizio un *naturale* dell'actio legis Aquiliae, cioè di una azione personale: ciò può fare perchè è nel suo officium.

[1]) Ricordo qui come Teofilo, a proposito del § 20 Inst. 4. 6 che stabilisce una categoria di azioni *miste*, si esprima con la forma: Sunt quaedam actiones quae tam in rem quam personalis actionis naturam in semet ipsis habent. Non è improbabile che per questa via si giustifichi GIRARD, *Manuel*[3], p. 1002, che attribuisce a Giustiniano il nome di *miste*, dato alle azioni divisorie.

L'idea è infatti ripetuta nella nota a L. 13 D. 6. 1, cui Stefano si riferisce:

Ulp. Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debebit: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur quanto deterior sit factus.

[Steph.] ad L. 13. D. 6 1 v.: *an non alias iudex aestimare damnum* etc. (*Suppl. Zach.* p. 9, sch. 38):

Δίδωσι τὴν ζημίαν οὐ κατὰ φύσιν τῆς ἐν ῥέμ· (πῶς γὰρ κατὰ φύσιν δύναται τὴν ἀπομείωσιν τὴν μηδὲ φαινομένην ἡ ἐν ῥὲμ ἀπαιτεῖν;) ἀλλὰ διὰ τοῦ δικαστοῦ.

[Praestat damnum non secundum naturam in rem actionis (quomodo enim secundum naturam potest deteriorationem, ne quidem apparentem, in rem actio exigere?) sed per iudicem.]

Date queste premesse e, come il frammento di Ulpiano segue dicendo:

quamvis et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. et Labeo putat cavere petitorem oportere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est,

Stefano espone la teorica del suo tempo circa il concorso d'esclusione:

καὶ ἐπεὶ μὴ κατὰ φύσιν ἡ ἐν ῥὲμ ἀπαιτεῖ τὴν ἀπομείωσιν ἤτοι τὰ ἐκ τοῦ Ἀκουϊλίου, ἐν ἁπλῇ δηλονότι ποσότητι, δύναται εἰς τοῦτο ὁ Ἀκουΐλιος μὴ ἤδη τοῦ ἁπλοῦ ἀποδεδομένου κινεῖσθαι. οὔτε γὰρ ἐποίησεν αὐτῷ πρόκριμα ἡ σπεκιαλία μὴ κατὰ φύσιν τὰ ἐξ αὐτοῦ ἀπαιτήσασα. ἐπεὶ οὖν μένει σωζόμενος ὁ ἀκουίλιος, εἰκότως ἀναγκαία ἐστὶν ἡ καυτίων, ὅτι οὐ κινήσει μετὰ ταῦτα τὸν ἀκουΐλιον ὁ τοῦ πράγματος κύριος. εἰ γὰρ καὶ ὅτε συναναφαίνεται τῇ κομμοδάτι ὁ ἀκουΐλιος, ἑκατέρα τῶν ἀγωγῶν κινουμένη ἀναιρεῖ τὴν ἑτέραν, εἰ καὶ μὴ ἐπὶ τῷ παντὶ ὅμως ἐπὶ τῷ ἰσομέτρῳ ἀλλὰ ἔχει μὲν κατὰ φύσιν ἑκατέρα τῶν ἀγωγῶν τὴν αὐτὴν ἀπαιτεῖν ζημίαν. ἐνταῦθα δὲ οὐκ αὐτὴ κατὰ φύσιν ἡ ἐν ῥὲμ ἀπαιτεῖ τὴν ἀπομείωσιν ἀλλὰ ὀφφικίῳ τοῦ δικαστοῦ, καὶ διὰ τοῦτο καὶ ἐν τῷ μέτρῳ ἀναιρεῖ ... ἀκουΐλ... καὶ ἀναγκάζ ..... εκ ... πειν. ὀφείλει γὰρ ὁ δικάστης πρόνοιαν τίθεσθαι

τοῦ μὴ πάλιν ἐνάγεσθαι περὶ τοῦ αὐτοῦ κεφαλίου [τὸν] ὑπ' αὐτοῦ κατὰ δικασθέντα. ἔνθα μέντοι [οὐ] διὰ τοῦ δικαστοῦ σκοπεῖται καὶ ἀπαιτεῖται τὸ τῆς μει[ώσεως] διαφέρον, ἀλλὰ διά τινος ἀγωγῆς οἷον τῆς κομμοδάτι· τότε εἰκότως δύναται ὁ ἀκουίλιος εἰ καὶ μὴ ἐπὶ τοῦ ἰσομέτρου ἀλλ' οὖν ἐπὶ τοῦ περιττοῦ κινεῖσθαι, καὶ ὁ δικαστὴς οὔτε δύναται οὔτε ὀφείλει καυτιόνα περὶ τοῦ μὴ ἐναχθῆναι τὸν βέον αὖθις ἐπὶ τῷ περιττῷ ἀπαιτεῖν, ἐπειδὴ μὴ αὐτὸς πρωτοτύπως απήτησε τὸ τῆς μειώσεως διαφέρον, ἀλλ' ἡ ἐπὶ τουτ και ... τῆς αὐτῆς δοκ.... ἁρμόζουσα κομμοδάτι.

[Et quoniam secundum naturam actio in rem non exigit deminutionem sive id quod ex Aquilia venit, in simplam manifeste quantitatem, potest propterea Aquilia, nondum simplo dato, moveri. Non enim facit huic praeiudicium specialis [actio in rem] secundum naturam non exactura id quod ex ea venit. Iam quia manet salva Aquilia, convenienter necessaria est cautio quod non movebit postea Aquiliam rei dominus. Licet enim quando concurrit cum commodati Aquilia altera actionum mota tollit alteram, si non in toto certe quoad quantitatem concurrentem, sed [hoc ideo fit quia] habet in se secundum naturam utraque actio exigere eundem damnum. Hoc casu autem non eandem secundum naturam in rem actio exigit deminutionem, sed officio iudicis [ideoque etiam quoad quantitatem aquiliam tollit et compellit eam remittere]. Debet enim iudex curam ponere non rursus conveniri ex eodem capite ab ipso condemnatum. Quando vero non per iudicem aestimatur et exigitur id quod interest deteriorationis causa sed per aliquam actionem, veluti commodati, tunc convenienter potest Aquilia, licet non de eadem quantitate attamen de eo quod amplius in hac est, moveri, et iudex nec potest nec debet cautionem exigere, ne reus de eo quod in ea plus est, rursus conveniatur, quandoquidem non ipse principaliter damni praestationem imposuit, sed quae propterea... competebat commodati actio]

Se le azioni dunque sono della stessa natura, si escludono per legge l'un l'altra quoad concurrentem quantitatem; nè il giudice ha nulla da fare poichè l'attore non potrà ottenere mai con la seconda azione, se non il di più: se invece sono di natura diversa, la legge non interviene, e quindi l'attore potrebbe proporre dopo l'una, l'altra

azione per l'intero. Il giudice pel suo officium può nondimeno, su richiesta dell'attore, attirare nell'azione istituita i naturalia dell'altra e decidere anche su di essa; ma allora l'attore deve prestar cauzione che non istituirà l'azione col suo consenso dedotta nel giudizio.

Che questa sia la teoria delle scuole è confermato dal ripetersi del ragionamento suddetto. Stefano finisce lo scolio su riportato dicendo:

> Hoc igitur notes, et memineris eorum quae Paulus Dig. 36 [§ 2] tit. de her. pet. huius partis dixit.

Il testo di Paolo è relativo al concorso tra la hereditatis petitio (actio in rem) e l'Aquilia:

> Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet: sed Pomponius ait actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae omissa eius rei aestimatione a iudice.

E Stefano annota:

> [Steph] ad Dig. 5. 3. 36 § 2. v : *ut caveat* etc. (Heimb. IV, 226, sch. 3):
>
> ἐπειδὴ γὰρ δύο περὶ τοῦ αὐτοῦ πράγματος συντρέχουσιν ἀγωγαί, χρὴ τὴν καυτίονα δοθῆναι· οὐχ' οὕτως δὲ ἐπὶ τῆς κομμοδάτου, ἔνθα δύο συντρέχουσιν ἀγωγαί, οἷον ἡ κομμοδάτι, καὶ ὁ Ἀκουΐλιος. τυχὸν γὰρ ὁ χρησάμενος ἔβλαψε τὸ χρησθέν, καὶ δύναται ὁ τοῦ πράγματος κύριος, κἂν ἐκίνησε τὴν κομμοδάτι, κινεῖν οὐδὲν ἧττον τὸν Ἀκουΐλιον ἐπὶ τῷ περιττῷ, ἐπειδὴ ἡ κομμοδάτι τὰ κατὰ φύσιν αὐτῇ παρεπόμενα ἀπῄτησεν· ἡ δὲ νερεδιτάτις πετιτίων ἀντὶ αὐτοῦ τοῦ Ἀκουΐλίου κινηθεῖσα, τὸ ἁπλοῦν ἀπῄτησε, καὶ οὐ φυλάττεται ἀκέραιος οὕτως ὁ Ἀκουΐλιος ἐπὶ τῇ ἐξ ἀρνήσεως διπλώσει· ἐπειδὴ δὲ κατὰ φύσιν τῆς νερ. πετίτ. ἤτοι τὸ ἁπλοῦν ἐκ τοῦ Ἀκουΐλίου διὰ τῆς αὐτῆς νερ. πετιτ. ἀπῄτησεν ὁ πετίτωρ ὀφείλει ἀρκεῖσθαι· καὶ μάλιστα ἐπιλογῆς οὔσης παρ' αὐτῷ, εἴ γε βούλεται, μήτε τὸ ἁπλοῦν εἰς τὴν νερ. πετιτ. κατενεχθῆναι, φυλαχθῆναι δὲ αὐτῷ τὸν Ἀκουΐλιον ἐν ἀκεραίῳ. ἀνάγνωθι δὲ πάντως τὸ ιγ'. καὶ ιδ'. διγ. τῆς σπεκιαλίας.
>
> [Quoniam enim duae de eadem re concurrunt actiones, cautio praestanda est. Non sic in commodato ubi duae concurrunt actio-

nes, puta commodati et Aquilia. Fortasse enim commodatarius rem commodatam fecit deteriorem, et potest rei dominus, licet moverit commodati actionem, movere nihilominus Aquiliam super amplius, quia commodati actio ea quae secundum naturam eam sequuntur, exegit: her pet. autem in locum Aquiliae instituta, simplum exegit, et integra non servatur Aquilia super duplum ex infitiatione: quoniam autem secundum naturam her. pet., id est simplum ex Aquilia, per eandem her. pet. petitor exegit, debet esse contentus: maxime cum in potestate eius sit, simplum in her. pet. non deferre et integram sibi servare Aquiliam. Lege omnino Dig. 13 et 14 de speciali in rem actione]. [1])

Se non erro, è la costruzione teorica cui corrispondono tutte le interpolazioni sinora accertate nelle Pandette che rivelavano l'intenzione di Giustiniano di limitare alla quantità concorrente il concorso d'esclusione reciproca delle azioni; ed è pure la costruzione di quei casi in cui il giudice d'una azione decide anche sull'azione concorrente, costringendo l'attore alla cautio.

✠

Dai testi ultimi esposti risulta che *officio iudicis* possono essere attirati in un'azione che non sia una di quelle generiche i naturalia di un'altra, purchè siano veramente naturalia di questa, ed in tanto in quanto non contraddicono alla natura dell'azione istituita. Ora, appunto in quest'ordine di idee si innesta la L. 20 § 4 de H. P., da me ritenuta interpolata.

Cum praediximus omnes hereditarias actiones in hereditatis petitionem venire, quaeritur utrum cum sua natura veniant an contra, ut puta est quaedam actio quae infitiatione crescit: utrum cum suo incremento an vero in simplum venit, ut legis Aquiliae? et Iulianus .. scribit simplum soluturum.

[1]) La teoria stessa sul concorso si trova ancora in un tardo scoliasta: cfr. HEIMB. I, 251, sch. Τῶν κεφαλαίων: Quaedam controversiae secundum naturam sibi invicem communes sunt..... Et secundum naturam quidem coniunguntur, ut puta si quis, qui praedium a me conduxit, arborem corruperit, tenetur mihi de arboribus succisis et ex locato et ex lege Aquilia: quae quidem actiones... hoc commune habent, quod mota una altera consumitur, eius dumtaxat nomine, quod in ea plus est, salva manens.

E se qui il ragionamento completo è supposto, Stefano lo dà nelle sue note alla legge stessa:

Steph. ad Dig. 5. 3. 20 § 4. v.: *Iulianus... simplum solutorum* (Heimb. IV, 207-208, sch. 5 (ἐπειδή):

καὶ ὅμως τῆς νερεδιτάτις πετίτιονος κατὰ φύσιν βόνα φίδε, καθάπερ εἶπον, τυγχανούσης, οὐκ ἀπαιτεῖται τὸ διπλάσιον. καὶ μὴ ἀντιπέσῃ σοι τὸ ἐπαγόμενον περὶ τῆς νοξαλίας· ἡ γὰρ νοξαλία μετὰ καταδίκην καὶ τὴν ἐπὶ τῇ ἰουδικάτου προκάταρξιν κατὰ φύσιν ἔχει τὴν τοῦ διαφέροντος εἰσπραξιν. ὁ δὲ Ἀκουΐλιος οὐ κυρίως ἔχει κατὰ φύσιν οἰκεῖαν τὴν δίπλωσιν, ἀλλ' ἐξ ἀρνήσεως εἰσαγομένην.

[Et tamen, cum hereditatis petitio secundum naturam bonae fidei sit, ut dixi, non exigitur duplum Nec obstare credas quod de noxali subicitur; actio enim noxalis post condemnationem, et litem de iudicati actione contestatam continet secundum naturam exactionem eius quod interest [1]). Aquilia autem non continet proprie secundum naturam propriam duplum, sed ex infitiatione introductum.]

Si confrontino anche gli altri scolii citati al § 1: certo l'anonimo ha mal riassunto il passo delle Pandette, ritenendo un naturale dell'Aquilia il crescere in duplum, ciò che è negato da Stefano e da Taleleo, conformemente alla distinzione altrove fatta tra ciò che è naturale di un'actio, e ciò che vi interviene per fatto procedurale - officio iudicis.

Ad ogni modo tutto il concatenamento di idee sopra delineato non può che confermarmi nell'opinione che la L. 20 cit. sia stata guastata dai compilatori: le ragioni per cui dovettero modificarla già ebbi a dirle: ora ci assicuriamo che hanno parlato col linguaggio delle scuole in cui insegnavano o avevano imparato il diritto.

VI.

Considerando nel suo complesso il materiale sinora esaminato, mi sembra che un risultato si possa trarne con sicurezza: ed è che

[1]) Stefano si riferisce al § 5 della cit. L. 20 in cui si mantiene nella her petitio istituita in luogo dell'actio iudicati noxalis l'inasprimento della privazione della noxae datio, mentre per l'Aquilia si rimette il duplum.

la teoria della natura actionis è cosa schiettamente bizantina; onde l'affermazione che di ciò feci nel precedente lavoro con lo studio dei soli testi della compilazione giustinianea resta per questa parte confermata. È solo in Giustiniano e nei bizantini che la formula dogmatica è posta a base dell'intero sistema delle azioni: è solo nella produzione legislativa o scientifica del VI secolo che il contenuto della natura actionis si trova indicato con chiarezza e precisione; è solo in quest'epoca che, se le azioni sono in moto, si vede la natura actionis intervenire metodicamente a regolarne i rapporti.

Di fronte a tale stato di cose è necessario inferire che la relazione tra la teoria e l'opera Giustinianea è una relazione di causa ad effetto. Sarebbe già inverosimile di per sè ammettere che la teoria sia nata con la legislazione di Giustiniano, poichè la cancelleria imperiale non aveva nè funzione nè competenza per costruire teorie; e d'altra parte la coincidenza del sistema delle azioni nelle scuole bizantine col quadro delle azioni eretto da Doroteo nelle Istituzioni è una prova che la compilazione subisce l'opera delle scuole.

Nè diversa conseguenza si può trarre riguardo al rapporto della teoria coi testi delle Pandette e con l'unica costituzione del Codice che presentano la natura actionis. Noi abbiamo tratto tratto veduto Teofilo, Doroteo, Taleleo, Stefano, l'Anonimo, o intendere nei testi classici la teoria che non v'era, o interpolarvi anche materialmente la formola dogmatica nel ripeterli letteralmente: e costoro, o hanno partecipato alla compilazione Giustinianea, o sono i maestri degli altri che ne ripetono gli insegnamenti. La probabilità fortissima che da ciò si deriva che quei testi classici abbiano subito la medesima sorte (a parte l'esegesi già fattane altrove) diventa, a mio vedere, certezza quando si osservi che i passi medesimi (come ebbi nel corso del presente studio a far notare) trovano piena giustificazione e ragionatamente applicano la formula, solo se si innestano nel sistema bizantino delle azioni, se presuppongono il contenuto della natura actionis quale è fissato dai bizantini, se hanno come precedente logico l'idea bizantina che i rapporti tra le azioni si decidano in base alla natura actionis nel senso tecnico giustinianeo. Quei testi classici sono scheggie volanti d'un ceppo che non si trova nelle Pandette ed è invece proprio delle scuole giustinianee.

Volgendoci poi alle conseguenze storiche e dogmatiche cui ci trae lo studio presente, non so non vedere confermati e rischiarati i risultati già ottenuti. Che il criterio della natura actionis sia criterio sostanziale ed unico criterio che differenzii le azioni emerge luminosamente dalla produzione bizantina: nè a noi deve far meraviglia, giacchè conosciamo come, caduta la procedura formulare, col nuovo assetto dei giudizi nel basso impero ed in Giustiniano, il criterio procedurale classico doveva necessariamente perire Da questo lato la natura actionis giustinianea si presenta opportuna e teoricamente giustificata, per quanti appunti si possono fare al termine *natura* usato in senso positivo.

Ma ben più ricco di insegnamenti mi appare lo studio dei bizantini per quel che riguarda il contenuto della natura actionis. Quella determinazione precisa dei requisiti sostanziali delle singole azioni, specie riguardo al quid veniat in actionem, mentre è commento dell'opera di Giustiniano, manifesta tutta una elaborazioae da cui sono uscite le figure fisse della compilazione giustinianea. Ed anche ciò deve avere la sua origine nel mutamento della procedura; finchè pretore e giudice *fanno* il diritto aiutati dalla giurisprudenza, quel contenuto non può fissarsi; ma quando il magistrato-giudice che è venuto dopo non ha altra facoltà che di applicare la legge, bisogna dargli la norma: di qui la tendenza verso l'irrigidimento delle azioni che trova la sua completa espressione nella natura actionis giustinianea: questa natura legislativa.

Ma le azioni romane come tante entità distinte sono logiche purchè si presupponga quel che può fare il pretore e quel che può fare il giudice del tempo classico. Se le fissate, perdono ogni importanza e tutta l'importanza passa alla causa per cui sono istituite; onde è fatale che alle *azioni* finisca per sostituirsi l'*azione* che si sustanzia dal rapporto. Ne è un esempio la certa generalis condicticia che, come osservammo, precorre l'azione personale in genere.

Che la logica delle azioni romane siasi sfasciata si manifesta anche meglio nelle misture d'azioni che Giustiniano fa e che il suo giudice può fare: caratteristico in proposito, specie se lo si mette a confronto con l'officium iudicis classico, è quell'officium per cui il giudice bizantino può attrarre la natura di un'azione in quella di un'altra; svolgere le azioni non può più, ma può mescolare due figure

legislative[1]). Ma ciò è forse altro che l'introduzione di *un'azione* non più tipica che per corrispondere al rapporto applica disposizioni legislative che si riferiscono ad istituti diversi?

[1]) È interessante la distinzione che i bizantini introducono nell'officium iudicis: v'è un officium iudicis che applica e deduce nella condanna i naturalia di un'azione come sono stabiliti nella legge: cioè rappresenta una posizione passiva del giudice – e un officium iudicis in cui il giudice è attivo, nel senso che in esso rientrano tutte le conseguenze della deduzione in giudizio della lite. - Così è escluso dalla natura actionis il crescere in duplum delle azioni per la infitiatio; e così si spiegano le dichiarazioni dei seguenti scolii, a tal riguardo interessanti.

La L. 51 § 1 de H. P. 5. 3 dice: Fructuum post hereditatem petitam perceptorum usurae non praestantur: diversa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxerunt. Stefano spiega a suo modo questa decisione nell'indice e nelle annotazioni:

[Steph.] ad Dig. 5. 3. 51 § 1 (Heimb. IV, 231, sch. 2): Ἔγνως, ὅτι ἡ νερ. πετ. καὶ καρποὺς ἀπαιτεῖ. διαφορὰ δέ, ὅτι τῶν μὲν ληφθέντων μετὰ προκάταρξιν καρπῶν οὐ δίδονται τόκοι· οὗτοι γὰρ ἐφφικίῳ τοῦ δικαζοντος ἀπαιτοῦνται, καὶ οὐκ αὔξουσι τὴν κληρονομίαν, οὐδὲ καταφέρονται φυσικῶς ἐπὶ τὴν νερ. πετ.· τῶν δὲ πρὸ τῆς προκατάρξεως ληφθέντων καρπῶν δίδονται τόκοι, ἐπειδὴ οὗτοι τὴν κληρονομιαν αὔξουσι, καὶ ὡς κληρονομιαίων αὐτῶν τυγχανόντων, ὁ ἀπὸ μόρας ὀφλονότι τόκος ἀπαιτεῖται διὰ τὴς νερ. πετ. βόνα φίδε τογχανούσης ἐφφικίῳ ὀφλονότι τοῦ δικαστοῦ φερόμενος εἰς καταδίκην. [Didicisti, quod her. pet. etiam fructus exigit. differentia autem est, quod fructuum post litem contestatam perceptorum non praestantur usurae: hi enim officio iudicis exiguntur neque augent hereditatem neque deducuntur naturaliter in her. pet.: fructuum vero ante litem contestatam perceptorum praestantur usurae, quia hi hereditatem augent, et eorum, velut hereditatorium, a mora scilicet usurae exiguntur per her. pet., officio scilicet iudicis in condemnationem deductae].

[Steph.] ibid. ad v.: *diversa ratio est* (Heimb. IV, 234, sch. 2; 2° periodo): Ὡς γὰρ μέρος ὄντες τῆς κληρονομίας, καὶ δι' αὐτῆς ἀπαιτηθέντες τῆς νερ. πετ. βόνα φίδε τυγχανούσης, τὸν ἀπὸ μόρας εἰσάγουσι τόκον ἐφφικίῳ τοῦ δικάζοντος. τῶν μέντοι μετὰ προκάταρξιν ληφθέντων καρπῶν, ἐπειδὴ μὴ κατὰ φύσιν τῆς νερ. πετ.· [Cum enim pars sint hereditatis, et per her. pet. quae bonae fidei est, petuntur, usuras a die morae inducunt officio iudicis. Fructuum vero post litem contestatam perceptorum, quia non secundum naturam pet. her (semel enim in iudicium deducta est) sed officio iudicis petuntur, usuras petere non possumus]. Il testo segue citando Paolo.

Ed a proposito di L. 25 § 20 de H. P. 5. 3: Augent hereditatem gregum et pecorum partus – aggiunge:

[Steph.] ad Dig. 5. 3. 25 § 20 (Heimb. IV, 221 ad cap. 26, sch. 1): Τουτέστιν, οὔτε ἰδικῆς ἐπί τούτων δεόμεθα μεθοδείας ἤτοι ἀγωγῆς, οὔτε ἐφφικίῳ τοῦ δικάζοντος καταφέρεται, ἀλλ' ὡς κληρονομιαῖα κατὰ τὴν φύσιν τῆς νερεδιτάτις πετιτίονος ἀπαιτεῖται. διὰ τοῦτο γὰρ καὶ τόκοι αὐτῶν ἀπαιτοῦνται, ὡς προεῖων ὁ λόγος διδάξει σε, τοῦτο τοῦ Παύλου βοῶντος ἐν τῷ μ'. διγέστῳ τοῦ παρόντος τίτλου. [Hoc est, neque speciali in his egemus astutia seu actione, neque officio iudicis veniunt, sed tamquam res hereditariae secundum naturam, her. pet exiguntur, ideo enim et usurae eorum exiguntur, ut sequentia te docebunt, hoc Paulo dicente in Dig. 40 huius tituli].

Mi sembra insomma che Giustiniano sia più vicino a noi di quel che si potrebbe credere a guardare la struttura *formale* dei suoi codici.

Questi brevi cenni sulle fonti bizantine valgano in appoggio del precedente mio studio. Se io abbia visto tutto, o se tutto abbia visto bene, non monta. Son lieto però d'aver raccolto un materiale che mi sembra interessante, e più lieto sarò se altri saprà trarne ancora profitto: è questo il beneficio della leale associazione del lavoro.

Dott. Carlo Longo.

MUTUI IPOTECARI GRECO-EGIZI

La pubblicazione testè seguita di un primo fascicolo dei *Papiri fiorentini* (*Documenti pubblici e privati dell'età romana e bizantina* a cura di Girolamo Vitelli, che inizia la stampa bene augurata dei *Papiri greco-egizi* pubblicati dalla R. Accademia dei Lincei, sotto la direzione di D. Comparetti e G. Vitelli) mi ha pôrto occasione gradita di rileggere quel magnifico documento di mutuo ipotecario del 153 d.C., che lo stesso illustre e benemerito editore di codesto fascicolo aveva già dato fuori quattro anni or sono nell'*Atene e Roma*, e che in esso ricompare in forma emendata. E, richiamandomi pure a ricollegare quel documento, e ciò che sopra di esso vennero scrivendo nel frattempo alcuni autorevoli studiosi, con altri documenti di contenuto analogo sopraggiunti di poi, specialmente nelle raccolte italiane, e dati fuori come primizie dell'integrale pubblicazione di queste, mi ha eccitato ad allargare un poco le modeste osservazioni ch'ebbi già l'onore di presentare in queste medesime pagine[1]) sopra la caratteristica clausola ipotecaria contenutavi, ed a fissare qualche rilievo che mi è parso non del tutto trascurabile sopra lo storico svolgimento dell'ipoteca greco-egizia.

Che la clausola del detto papiro, con cui la mutuante Hermione, pel caso di mancata restituzione da parte della mutuataria Ptolema delle 200 dramme mutuate, si assicura la facoltà d'impossessarsi degli stabili sui quali le fu costituita ipoteca, e di esercitare sopra di questi gli attributi tutti della proprietà, sia la ricognizione espressa di un diritto ch'era già implicito (in un certo senso almeno) nella stessa costituzione dell'ipoteca modellata sul tipo greco, come un

[1]) V. *Bull.* XIV, 1902, pagg. 47-50.

correspettivo del credito dato dal debitore al creditore, pel caso d'inadempimento di quello (ἀντὶ ὀφειλομένων), è riconosciuto tranquillamente; nè occorre spendervi nuovo discorso[1]). Soltanto è ora da soggiungere che una clausola del tutto identica a codesta è contenuta in un altro papiro proveniente pure da Hermopolis, e dato fuori dal Vitelli, di tra quelli acquistati dallo Schiaparelli e dal Breccia[2]). A garanzia della restituzione di 500 dramme, mutuate all'interesse del 12 per 100 per 5 mesi, nel gennaio del 103, per mezzo d'un banchiere (διὰ τῆς Εὐδαίμονος τραπέζης), il mutuatario Dioscuro estende a favore del mutuante Areios la costituzione d'ipoteca già fatta per due crediti precedenti sopra $5\,1/2$ arure di terra (l. 7: επ' ὑποϑήκηι αἷς προυπέϑετο αὐτῶι καϑ' ἑτέρας συνγραφὰς δανείων διὰ τοῦ ἐν Ἑρμοῦ πόλει ἀγορανομίου...). E dichiara che se non restituirà somma e interessi ἐξέστωι [τῶ]ι δεδανεικότι ἢ τοῖς παρ' αὐ[τοῦ], μὴ προσδεη[ϑεῖσιν] ἀνανεώσεως ἢ διαστολικοῦ ἢ ἑτέρου τινὸς ἁπλῶς .... ἐπικα-[ταβ]ολὴν [ποι]ήσα[σϑαι τῶ]ν ὑπο[τεϑ]ειμένων ἀ[ρουρῶν].... καὶ κτᾶσϑαι τὸν δεδανεικότα καὶ τοὺς παρ' αὐτοῦ ταύτας κυρίως ἀντὶ τῶν ὀφ[ειλο]μένων καὶ ἐμβα-[δε]ύειν [εἰς αὐτὰς καὶ καρπίζεσϑαι καὶ] διαμισϑο[ῦν καὶ ἀποφέρεσϑαι τὰ ἐξ αὐτῶν] κατ' ἔτος πε[ρεσόμεν]α [.....] εν ἅπαντα, καὶ χρᾶσ[ϑαι καὶ οἰκο]νομεῖν περ]ὶ αὐτ]ῶν καϑ' ὃν ἐὰν αἱρῶ[νται τρόπον ἐπὶ τὸν ἅπαντα χρό]νον, μηδ[ενὸς τῶι δεδα-νεισμένωι μηδ'] ἄλλοις ὑπὲρ αὐτοῦ πε[ρὶ τούτων ἐξ ὑ]στέρου καταλειπο[μένου λόγου ἢ] παρευ[ρήσ]ε[ως] (ll. 12-15). Qui pure le facoltà di disposizione sopra la cosa ipotecata sono conferite al creditore ἀντὶ τῶν ὀφειλομένων.

Anche in un papiro d'Oxirinco (n. 506, vol. III, pagg. 232 e segg., ll. 19 e segg.), l'ipoteca che Teteo costituisce nel 143 d. C. a favore della sorella che le ha mutuata una somma, sopra la parte che le spetta di un terreno ancora indiviso con essa, con la solita facoltà di esercitare sopra di questa τὴν κράτησιν καὶ κυρείαν εἰς τὸν αἰεὶ χρόνον, sta in luogo della somma e degli interessi di cui manchi eventualmente la restituzione: ἀντὶ .... τοῦ κεφαλαίου καὶ ὧν ἐὰν μὴ ἀπολάβη τόκων ἀπὸ τοῦ τῆς ἀποδόσεως χρόνου.

Solo il papiro fiorentino rende più perspicuo ed evidente il significato della clausola ἀντὶ τῶν ὀφειλομένων oppure ἀντὶ τοῦ κεφαλαίου ecc. intesa a sostituire la cosa ipotecata al credito, nell'evenienza del mancato soddisfacimento di questo, coll'espresso impegno assuntovi

[1]) V. specialmente MITTEIS, *Roman. Papyrusstudien*, in *Zeitschr. der Sav. Stift.* XXIII, 1902, pagg. 300-4.

[2]) *Atene e Roma*, VI, 1903, coll. 333-8.

dalla mutuataria di ben conservare i beni ipotecati e di restituire la somma presa a mutuo, qualora essi andasser perduti.

Di tra i documenti venuti in luce di recente attinenti mutui ipotecari, merita pur nota un singolare ὑπόμνημα del tempo di Domiziano, proveniente da Hermopolis come il mutuo del 103, e pubblicato dal Breccia [1]). L'ὑπόμνημα o memoriale è diretto da un creditore ad un magistrato per sollecitarlo a rivolgere una formale ed ufficiale intimazione ad una sua debitrice, perchè paghi quanto essa gli deve. Creditore è il padre di un tale Eudaimon, che agisce in qualità di erede a costui, debitrice è una certa Didime, la quale, per quanto qui risulta, ha contratto senza veruna assistenza di κύριος. Titolo del credito sono cinque distinte prestazioni di mutuo seguite fra gli anni 82 ed 86 d. C.; tre (per dramme 1628, 1600, 540) contro il rilascio di tre diverse συγγραφαί e la costituzione di un'ipoteca sopra 22 arure di terra (l. 4), a cui s'è aggiunta in seguito anche una garanzia personale prestata da una certa Sarapias, contraente pure senza κύριος (ll. 10-2); una quarta di dramme 750, ancora contro il rilascio di una συγγραφή e sulla stessa ipoteca costituita precedentemente (l. 15: ἐπὶ ταῖς προκειμέναις ἀρούραις), ed una quinta infine contro una corrispondente annotazione di credito (διαγραφή) presso un banchiere [2]) (l. 15: καὶ κατὰ διαγραφὴν τῆς ἐπὶ τῶν τόπων Ὡρίωνος τοῦ Σύρου τρα]πέζης ἐπ' ὀνόμ[ατο]ς τοῦ αὐτοῦ Εὐδαίμονος....) e l'estendimento ancora della stessa ipoteca (l. 17: προσγραφέντος τῇ διαγραφῇ μὴ ἐξεῖναι τῇ Διδύμῃ περιλύ[σι]ντὰς ὑποθήκας ἐὰν μὴ καὶ τὰ διὰ τῆ[ς] διαγραφῆς ἀποδοῖ).

Il creditore rivolge istanza al magistrato, verisimilmente l'ἀρχιδικαστής, che è il delegatario del prefetto, di far consegnare copia della sua intimazione alla debitrice, per mezzo del locale stratega [3]) (ll. 20-2: ἀξιῶ συντάξαι γράψαι [4]) τῷ τοῦ Ἑρμοπολίτου στρατηγῷ μεταδοῦναι τῇ ὑπόχρεῳ

[1]) *Rendiconti della R. Accademia dei Lincei, Classe di sc. mor. stor. e filol.*, XIII, serie 5ª, fasc. 5º, 1904. Prima ne aveva dato notizia il VITELLI, nell'atto stesso in cui pubblicava integralmente il documento di mutuo del 103. V. la nota precedente.

[2]) V. sulla διαγραφή bancaria specialmente MITTEIS, *Trapezitika*, in *Zeitschr.* cit. XIX, pagg. 19 e segg.

[3]) Sulla competenza di codesti magistrati v. MITTEIS, *Zur berlin. Papyruspublic., Hermes*, XXXII, pagg. 648-9 e WENGER, *Zur Competenz ägyptischer Gerichtsbehörden in der röm. Periode*, nei *Rechtshistor. Papyrusstudien*, Graz, 1902, pagg. 104 e segg.

[4]) Formule analoghe v. in WENGER, op. cit. pag. 110.

Διδύμη τοῦδε [τοῦ ὑ]πομνήματος ἀντίγραφον, ὅπως ἀποδοῖ μοι τά τε προκείμενα κεφάλαια πάντα, καὶ τοὺς τῶν ὑπερχρονιῶν μέ[χρι ν]ῦν τόκους ecc.....); colla minaccia che mancando il pagamento, eserciterebbe sopra le arure ipotecate l'ἐμβάτευσις ed ogni corrispondente attributo della proprietà (ll. 20-7: ἢ εἰδῇ πρὸς μὲν τὰ διὰ τῶν συνγραφῶν ὀφειλόμενα [ἐμ]βαδεύσοντα μοι (με) εἰς τὰς ὑποτεθ[ει]μένας ὡς πρόκειται ἀρούρας καὶ κρατήσοντα αὐτῶν κυρίως καὶ ἀποισόμε[νον] τὰ ἐξ αὐτῶν περιεσόμενα πάν[τα] ἔτι δὲ καὶ οἰκονομήσαντα περ[ὶ] αὐτῶν ὡς ἐὰν αἱρῶμαι μηδενὸς αὐτῇ μη[δ' ἄλ]λῳ ὑπὲρ αὐτῆς ἐξ ὑστέρου ἀ[πλῶς] περὶ τούτων καταλειπομέ[ν]ου λόγου ἀλλὰ καὶ ἐξακολουθεῖν αὐτῇ τὴν [βεβα]ίωσιν ἀκολούθω[ς] ταῖς διὰ τῶν [συν]γραφῶν θηλωθείσαις διαστολαῖς.

Questa diffida reca la consueta menzione degli attributi tutti del dominio che il creditore si riserva di esercitare sulla cosa ipotecata senza possibile opposizione della debitrice, ma sì coll'adesione di lei al suo *habere licere* di questa. Segue poi una riserva generica del creditore di ogni proprio diritto ed azione (ll. 27-7: Τῶν δὲ ἄλλων τῶν κατ' [ἐμα]υτὸν καὶ τὸν προγεγραμμέ[νον] μου υἱὸν δικαίων πάντων κατὰ πάντα τρόπον ἀντέχομαι καὶ ἀνθέξο[μαι] ἐν οὐδενὶ ἐλαττούμενος).

Per quanto all'ultimo credito costituito colla διαγραφή bancaria, il creditore minaccia di agire esecutivamente sopra il patrimonio intiero della debitrice (ll. 26-7: πρὸς δὲ τὰ διὰ τῆς διαγραφῆς ὀφειλόμε[να τ]ὴν πρᾶξίν με ποιησόμενον ἐξ ὧ[ν] ἐὰν ἄλλων εὑρίσκω τῆς Διδύμης ὑπαρχόντων). Evidentemente l'insufficienza del valore dell'immobile ipotecato a coprire anche codest'ultimo credito consigliava il creditore a valersi della clausola καθάπερ ἐκ δίκης, ch'era certo apposta all'ultimo mutuo bancario, ed a procedere esecutivamente contro la debitrice. Una clausola appunto di tal maniera troviamo apposta alla ben nota συγγραφή corrispondente al mutuo marittimo prestato da Androcle e Nausicrate ad Artemone e ad Apollodoro, di cui è trattato nell'orazione dello Pseudodem. C. Lacrito, 12: conferendosi con quella ai creditori, se non bastassero a coprire il loro credito le merci costituite in ipoteca, la facoltà di rivalersi ἐκ τῶν τούτων ἁπάντων, καὶ ἐγγείων καὶ ναυτικῶν, πανταχοῦ ὅπου ἂν ὦσι, καθάπερ δίκην ὠφληκότων καὶ ὑπερημένων ὄντων.

Codesto singolare ὑπόμνημα, che reca una intimazione ufficiale del creditore a pagare, ed una diffida pure ufficiale di procedere sulla cosa ipotecata, in mancanza del pagamento, all'esercizio dei diritti conferitigli colla costituzione dell'ipoteca, può gettar luce, se non andiamo

errati, sopra quella formula μὴ προσδεομένοις (ο προσδεηθείσιν) ἀνανεώσεως ἢ διαστολικοῦ ἢ ἑτέρου τινός [1]) che si legge nel papiro fiorentino del 153, e nell'altro sopra ricordato del 103. Certamente con quella clausola il creditore mira in genere a render sollecita e spedita l'esecuzione dei diritti che gli derivano dalla costituzione d'ipoteca. Che διαστολικόν abbia senso di decreto magistratuale provocato da un'azione del creditore fu già messo innanzi dal Mitteis, sulla base pure di qualche altro documento [2]). Che ἀνανέωσις significhi invece rinnovazione dell'iscrizione catastale, comprovano quasi sicuramente due papiri d'Oxirinco [3]). Ma una rinunzia convenuta dai contraenti ad una siffatta rinnovazione è parsa al Mitteis medesimo [4]) mal conciliabile col carattere pubblico di questa, e coll'interesse che doveva avervi il creditore. Senonchè nella nostra clausola, in connessione col διαστολικόν nel senso predetto, ἀνανέωσις può voler dire una rinnovazione ufficiale, che segua in base ad una ricognizione giudiziale del titolo costituente la base del trapasso di dominio dal debitore insolvente al creditore insoddisfatto. E l'intiera clausola può significare l'esonero pel creditore di provocare una giudiziale ricognizione del suo titolo all'ἐμβάτευσις ed all'esercizio delle facoltà che vi corrispondono, o di ritenersi la cosa in dominio (ἐπικαταβολὴν ποιῆσαι) [5]) o di alienarla. Ossia, rimuovendo la necessità di un'ἀνανέωσις a ministero della pubblica autorità, essa lascierebbe che questa fosse compiuta ad opera dello stesso creditore, colla semplice esibizione del titolo munito della detta clausola, o a cura dell'acquirente l'immobile alienato, qualora il creditore avesse preferito di venderlo piuttosto che ritenerlo per sè.

In altri termini, la clausola stessa produrrebbe, per quanto all'esercizio dei diritti ipotecari, i medesimi effetti che produce la clausola esecutiva καθάπερ ἐκ δίκης, per quanto all'esecuzione generale.

La mancanza di essa in tutti i contratti di mutuo verso Didime, che sono riassunti nell'ὑπόμνημα pervenutoci, può spiegare la necessità

[1]) La relazione del detto ὑπόμνημα con codesta clausola è notata già dal VITELLI, *Atene e Roma*, VI, col. 337.

[2]) MITTEIS, *Zeitschr.* cit. XXXII, pag. 302. Cfr. *Aeg. Urk.* n. 832, l. 55..

[3]) N. 274 ll. 21-2; 237, VIII, ll. 40-3.

[4]) MITTEIS, *Zeitschr.* cit. pagg. 303-4.

[5]) Sopra il significato di ἐπικαταβολὴν ποιῆσαι = *legem commissoriam exercere* v. NABER, 'Επικαταβολή, *ex libro gratulatorio in honor. Herwerdeni*, Traj. ad Rhen. 1902; *Observatiunc. de iure rom.* (*de lege commissoria*) *Mnemos. biblioth. phil. Bat.* XXXII, 1904.

dell'intervento giudiziale per l'esercizio dei detti diritti, la quale non doveva esistere invece pei creditori Ermione ed Areios, in forza dei due mutui del 153 e del 103.

Se una siffatta necessità occorresse nel diritto attico è una vecchia questione. Ma se l'opinione negativa prevalente oggidì presso gli scrittori di diritto greco [1]) coglie nel vero, una comparazione agevole nel contenuto dei documenti nostri di mutuo ipotecario, posto in relazione a sua volta colla costituzione di Costantino abolitrice della *lex commissoria pignorum*, consentirebbe di seguire a larghi tratti lo svolgimento storico dell'ipoteca greco-egizia.

Questa avrebbe cominciato dal conferire di per sè al creditore il diritto d'impadronirsi della cosa su cui era stata costituita, verificandosi l'inadempimento del debito. Poi sarebbe stata necessaria a ciò la ricognizione giudiziale del titolo di credito ed una ufficiale assistenza a codesto appropriamento, di cui l'ὑπόμνημα dianzi discorso consente solo di rilevare ad un certo momento l'esistenza, benchè non ancora il carattere e il contenuto preciso. Tuttavia la necessità di tale ricognizione ed assistenza poteva ancora esser rimossa per mezzo di clausole apposite inserite al contratto ipotecario: di *leges commissoriae* che avevano l'effetto d'imprimere convenzionalmente all'ipoteca quel contenuto stesso che le era prima connaturale. Ma poi anche queste clausole, che dovevano riuscire soverchiamente gravose per coloro che avevano necessità di ricorrere al credito altrui, furono abolite appunto con Costantino E dopo di lui l'appropriamento da parte del creditore della cosa ipotecatagli non fu più possibile altrimenti che colle cautele e le guarentigie che accompagnano l'*impetratio dominii.*

Verisimilmente le clausole adoprate allo scopo di ridare all'ipoteca il suo contenuto genuino di πρᾶσις ἐπὶ λύσει, dovevano essere redatte nelle forme esplicite, di cui recano esempi specialmente i due documenti nostri del 153 e del 103. Le clausole generiche di altri documenti contemporanei, con cui al creditore si riconosce solo il diritto di τοῖς νομίμοις χρῆσθαι, o di ἐπιτελεῖν τὰ κατὰ τῆς ὑποθήκης νόμιμα, non possono aver bastato a rimuovere la necessità di quel giudiziale

[1]) Hitzig, *Griech. Pfandr.* pag. 81; Beauchet, *Hist. du droit privé de la républ. Athén.* III, pag. 264-5.

ὑπόμνημα [1]), ch'era stato introdotto a guarentigia del debitore e che faceva parte, dopo il secolo I d. C., della giuridica disciplina del diritto d'ipoteca. È molto rilevante che cotali clausole si trovino appunto in contratti ipotecari conclusi da romani [2]). Il tipo prettamente greco della ipoteca, dominante dapprima in Egitto, subì evidentemente influenze romane, alle quali son dovute le restrizioni corrispondenti alla introdotta necessità dell'ὑπόμνημα, e lo sfavore per le pattuizioni espresse della *commissoria lex*, che condusse alla definitiva abolizione di essa. È significante che la validità di una costituzione di pegno o d'ipoteca '*ita... ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia iure emptoris* (creditor) *possideat*' [3]) abbia bisogno al principio del terzo secolo d'un rescritto imperiale; e che dei responsi di Papiniano insistano sopra applicazioni fondamentali del *ius offerendi* che corrisponde alla pluralità delle ipoteche, ed al concorso di crediti ipotecari, o sopra applicazioni del dominio della cosa ipotecata persistente non ostante la costituzione d'ipoteca presso il debitore costituente, e l'indipendenza del diritto d'ipoteca dal vincolo obbligatorio che guarentisce [4]). Il conflitto fra l'ipoteca greca modellata sopra la πρᾶσις ἐπὶ λύσει, e la romana modellata sopra l'antica *subscriptio praediorum*, trova singolarmente in codesti responsi del più eminente fra i giuristi grecizzanti, un'eco ancor viva. Ed è forse perchè valse a comporre cotal conflitto in un momento di crisi intensa ed acuta, con l'uso agile e sapiente della romana disciplina sopra la greca figura, che l'opera di lui restò singolarmente famosa e memoranda, fin nella tradizione giustinianea.

EMILIO COSTA.

[1]) Altrimenti vi ravvisa mere conferme convenzionali delle facoltà conferita al creditore dall'ipoteca modellata sopra il pretto tipo greco il MEYER, *Papirus Cattaoui, Arch. f. Papyrusforsch.* III, 1903, pagg. 55 e segg., specialmente pag. 96.

[2]) V. *Aeg. Urk.* 301, ll. 13. segg.; 741, 27 segg. e *Pap. Catt.* cit.

[3]) MARC. *D.* 20, 1, 16, 9: *rem iuxto pretio tunc aestimandam* è un'evidente interpolazione. Cfr. PAP. *Vat. fr.* 9.

[4]) V. il mio studio su *Papiniano*, IV, pagg. 85 e segg.

APPUNTI

SULLA

DOTTRINA DELLA CAUSA LUCRATIVA

(*Continuaz. e fine, vedi vol. XV, pag. 91-126*).

IX.

Giova a convalidar meglio le nostre affermazioni la esegesi del fr. 42 § 1 (7, 1), che si riferisce ad un punto assai delicato delle indagini fatte:

Rerum *an aestimationis* usus fructus tibi legetur, *interest: nam si quidem rerum legetur*, deducto eo, quod praeterea tibi legatum est, ex reliquis bonis usum fructum feres: *sin autem aestimationis usus fructus legatus est, id quoque aestimabitur, quod praeterea tibi legatum est.* nam saepius idem legando non ampliat testator legatum: *re autem legata etiam aestimationem eius legando ampliare legatum possumus.*

Gli antichi interpreti non concordano nel ricostruire i due casi esaminati in questo brano. Ed in vero, mentre alcuni credono che si tratti rispettivamente di usufrutto «*omnium* rerum» e di usufrutto «aestimationis *omnium* rerum» [1]), parecchi opinano che tale supposto sia falso e arbitrario. Cuiacio [2]) pensa, che il testatore, dopo aver lasciato a Tizio il fondo Corneliano, gli abbia anche legato l'usufrutto di esso e di altri fondi, o l'usufrutto della loro *aestimatio*. Ma non

[1]) Così, per esempio, Accursio; Fabro, *Rationalia*, ad h. l.; Noodt, *De usufructu*, lib. I, cap. XXIII in fine. Cfr. Pothier, *Pandectae Iustin.*, lib. XXXIII, tit. II, n. IX, 2°.

[2]) *Commentarius in lib. XVII quaestionum Papiniani*, ad l. 66 § 5 D. de leg. II. V. pure Langebekii *Annotationes*, cap. XIV, nel *Thesaurus* Ottonis, tom. I, col. 556.

mi pare che sia lecito accogliere la sua interpretazione, che sforza troppo il contesto. E ad ogni modo si noti, che la l. 43 eod. comincia: « Etiam partis bonorum usus fructus legari potest », discoprendo che innanzi si è detto dell'usufrutto « omnium bonorum », e che i Basilici [1]) traducono appunto:

Εἰ μὲν ληγατευθῇ μοι ὅλων τῶν πραγμάτων τοῦ τελευτήσαντος χρῆσις καρπῶν, ὑπεξαιρουμένων τῶν ἄλλως κατὰ δεσποτείαν ληγατευθέντων μοι, λαμβάνω τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν...

Concordano in vece gli scrittori nel ritenere, che nel secondo caso il legatario consegue interi i due obbietti, perchè il testatore gli legò espressamente l'usufrutto della « aestimatio », e che in genere deve prestarsi la cosa e la « aestimatio », se questa fu lasciata espressamente oltre la cosa [2]). E certo dal punto di vista della interpretazione legislativa tale esegesi persuade. Ma conviene ancora avvertire, che proprio gli argomenti, addotti in suo sostegno, possono far molto dubitare della integrità del testo. Si rileva infatti, ed a ragione, che quelle norme stanno in completa armonia col principio esposto nella chiusa del fr. 21 § 1 de leg. III. Però questa, come abbiamo già ricordato, fu senza fallo aggiunta dai compilatori. E non appartiene del pari, secondo le nostre indagini, alla giurisprudenza classica la regola accolta nel fr. 34 § 2 de leg. I, sulla quale gl'interpreti aman pure fondarsi. Sarebbe dunque agevole chiarire per questo verso, che lo squarcio in esame non è genuino. Tuttavia sembra più opportuno considerarlo distintamente, perchè si abbia quasi un riscontro dei risultati ottenuti.

E colpisce da prima la forma « si quidem... sin autem », di cui tanto abusa Giustiniano [3]). Essa induce a credere, che sia stata introdotta nel testo una distinzione, alla quale il giureconsulto classico non accennava. Afforza poi il sospetto la circostanza, che al « si quidem *legetur* » mal corrisponde il « sin autem *legatus est* ». Una delle due

[1]) XVI, 1, 42: ZACHARIAE, *Supplementum*, p. 84.

[2]) V. CUIACIO, loc. cit.; *Observationes*, lib. XIV, cap. XIX; *Recitationes solemnes*, ad l. 34 § 1 de leg. I, ad l. 32 § 8 D. 33, 2; *Notae*, ad h. l. FABRO, loc. cit.. NOODT, loc. cit.. Cfr. ARNDTS, *Die Lehre von den Vermächtnissen*, vol. I, p. 289.

[3]) FABRO, *Conjecturae*, lib. VIII, cap. XIV, n. 11; lib. XII, cap. XVII, n. 11. V. anche KALB, *Das Juristenlatein*, p. 82; *Roms Juristen*, p. 9 e segg.

locuzioni pare veramente intrusa da chi non poteva troppo preoccuparsi di certe armonie. Ma ciò che scopre addirittura la mano dei commissarî è il mutamento del soggetto nella parte finale. Fiorentino, da cui il passo proviene, dopo avere affermato: « saepius idem legando *non ampliat testator legatum* », non soggiungeva di sicuro: « re autem legata etiam aestimationem eius legando *ampliare legatum possumus* ». Del resto che la interpolazione concerne il secondo caso, risulta anche dalla impossibilità di sopprimere ogni ricordo dell'altro, lasciando un senso al brano. Nè la prima parte di esso resiste a tali giudizî. Considerando la L. 20 D. 36, 1 ed il § 6 I. 2, 20, abbiamo avuto agio di osservare, che i compilatori solevano alle volte far uso del verbo « interesse » per introdurre negli squarci classici nuove distinzioni. A loro dunque si deve attribuire l'« interest » del nostro fr. Sì che, tenendo conto dell'analogia offerta dal pr. di questo, è lecito concludere, che Fiorentino scrisse soltanto:

Si rerum usus fructus tibi legetur, deducto eo, quod praeterea tibi legatum est, ex reliquis bonis usum fructum feres, nam saepius idem legando non ampliat testator legatum.

Qui non occorre stabilire, come il giureconsulto classico avrebbe deciso la ipotesi aggiunta dai compilatori, se anch'egli l'avesse proposta. Si può anzi concedere volentieri, che non sarebbe stato di opinione diversa. Ma è sempre molto istruttiva la circostanza, che quelli non si lasciano sfuggire il destro di fermare, che non costituiscono un medesimo obbietto la *res* e la *aestimatio*. Siffatta insistenza dimostra, che i commissarî ascrivono al principio un valore speciale; e questo speciale valore si manifesta appunto in buona parte delle leggi discusse. Egli è che nel nuovo diritto, quando anche dal campo della dottrina del *concursus causarum* gli elementi tecnico-giuridici si ritraggono di fronte a considerazioni puramente economiche, tale principio viene a formare un presupposto indispensabile di esse.

X.

Fuori della dottrina ricordata la solita frase « ex lucrativa causa » si trova nelle Pandette un'altra volta, e cioè nel fr. 5 (41, 3):

Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deicitur vel alicui res eripitur. quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio. sed adversus omnes. nec eo casu quicquam interest, is qui usurpaverit dominus sit nec ne: ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat an ex lucrativa causa.

Ma quest'ultima espressione non va ora intesa nel senso, che a noi importa. E in fatti « possidere ex lucrativa causa » in antitesi a « possidere pro suo » non può significare che si possiede in base a una causa gratuita [1]), perchè il secondo termine indica in genere il possesso in base a una *iusta causa*, qualunque essa sia [2]). Piuttosto nel fr. in esame si contrappone al possesso e alla *usucapio* normale il possesso e la *usucapio* anomala, « ex lucrativa causa » in senso improbo [3]). Questa legge per altro deriva dal libro XXI *ad edictum provinciale* di Gaio; e Gaio, come abbiamo visto, adopera anche nelle sue Istituzioni la voce *lucrativus*, ma unicamente in quel significato.

In senso tecnico essa tuttavia apparisce nella chiusa del fr. 2 (29, 4), che proviene dal libro VII *ad Sabinum* di Ulpiano:

Licet pro herede gerere non videatur, qui pretio accepto praetermisit hereditatem, tamen dandam in eum actionem exemplo eius, qui omissa causa testamenti ab intestato possidet hereditatem, divus Hadrianus rescripsit: proinde legatariis et fideicommissariis tenebitur. § 1 Sed utrum ab eo erit incipiendum et sic ad heredem veniendum an convertemus ordinem? mihi videtur humanior esse haec sententia,

[1]) Come vorrebbe il KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1, p. 402.

[2]) V. fr 1 pr. (41, 10). Cfr. CUIACII *Commentar. ad tit. de usurpation. et usucapion.*, ad h. l.

[3]) Cfr. BONFANTE, *La iusta causa nell'usucapione*, nella *Rivista italiana per le scienze giurid.*, vol. XV, pp. 174 e 194; *Le singole iustae causae usucapionis*, nella *Rivista* cit., vol. XVII, p. 394. Lo segue il LONGO, *L'origine della successione particolare*, nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. XIV, p. 229, nota 2. La interpretazione del PERNICE, *Labeo*, II, 1, p. 394, nota 2, non è in verità troppo convincente.

ut possessor hereditatis prior excutiatur, *maxime si lucrativam habet possessionem.*

Non a torto Hugo Krüger opina, che si debba credere ulpianea la frase « mihi videtur humanior esse haec sententia, ut »[1]). Ma ciò, pur dimostrando che bisogna ritenere classica la prima parte del § 1, non serve certo a determinare l'origine dell'ultimo squarcio: « maxime si lucrativam habet possessionem », ov'è anzi usata una forma di attacco molto cara ai compilatori[2]). Quale concetto esprimono intanto queste parole? Se gl'interpreti avessero lavorato un po' meno di fantasia, considerando con maggiore calma le fonti, avrebbero senza dubbio visto concordemente, ch'esse equivalgono alle altre: « maxime si pecuniam non accepit, qui omisit causam testamenti ». Ed in vero l'antitesi fra chi « pecunia accepta repudiavit » e chi « sine pecunia praetermisit hereditatem » è (non indago se per opera sempre dei giureconsulti classici) frequente nelle leggi del nostro titolo IV[3]). Ma, accolta tale esegesi, quell'ultimo squarcio non si può affatto riputare genuino. Ulpiano presuppone che l'istituito abbia ripudiato l'eredità « *pretio accepto* ». Dunque il « maxime si (possessor hereditatis) lucrativam habet possessionem » è completamente fuor di luogo. E del resto ingenera quell'ambiguità, che tanto distingue le aggiunte simili dei compilatori.

Maggiore importanza ha il fr. 4 § 29 (44, 4), nel quale il medesimo giureconsulto, dopo avere enunciata la regola « de auctoris dolo exceptio emptori non obicitur », avrebbe insegnato:

Si quis autem ex causa legati vindicet *aut is, cui ex causa donationis res praestita est, vindicet*, an de dolo exceptionem patiatur

[1]) *Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechtes*, nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, R. A., vol. XIX (1898), p. 30 e seg. Inopportuno tuttavia risulta il confronto con la L. 7 § 1 D. 44, 4: « et habet haec sententia Iuliani humanitatem, ut. ». Le due espressioni in fatti sono ben differenti; e ad ogni modo v. il mio studio *La condictio incerti*, p. 9.

[2]) V. sul fr. 7 (2, 12): « et *maxime si* aliquid inopinatum emergat » Fabro, *Rationalia*, ad h. l.; Kalb, *Juristenlatein*, p. 62, nota 6; Lenel, *Palingenesia*, vol. II, col. 951, nota 5; sul fr. 13 § 1 (4, 3): « *maxime si* locupletior ex hoc factus est » Pernice, op. cit., II, 1, p. 228, nota 6; sul fr 13 § 10 (5, 3): « *maxime si* factum divortium est » Fabro, op. cit., ad h. l.; sul fr. 33 pr. (8, 3): « *maxime si* pacto stipulatio subdita sit » Perozzi, *I modi pretorii d'acquisto delle servitù*, nella *Rivista* cit., vol. XXIII (1894), p. 6; Pernice, op. cit., III, 1, p. 103, nota 3.

[3]) V. in ispecie fr. 4 pr., § 1; fr. 10 pr., § 2. Cf. c. 1 (6, 39).

ex causa eius, in cuius locum successerit? et magis putat Pomponius summovendum: et ego puto *exceptione eos esse repellendos, cum lucrativam causam sint nancti: aliud est enim emere, aliud ex his causis succedere.*

Questo brano esamina il Longo [1]), con molta perspicacia, allo scopo di dimostrare, che anche in ordine al trasferimento passivo della *exceptio doli* non è classica la costruzione giuridica sul fondamento della successione singolare. Egli avverte per altro, che qui deriva pure dai commissarî l'assetto sistematico in base alla distinzione fra causa lucrativa e causa non lucrativa, ma non dubita punto, che questa fosse interamente estranea all'antico diritto. E tuttavia, come meglio chiariremo in seguito, v'ha in qualche punto un intimo rapporto fra la dottrina della successione singolare e il trattamento di quelle categorie di cause.

Vediamo intanto qual' indizî discoprono, che il testo fu interpolato.

Il Lenel [2]) sagacemente scorge che allo squarcio in esame, tratto dal libro LXXVI *ad edictum* di Ulpiano, deve riattaccarsi il fr. 160 § 2 (50, 17), il quale proviene dalla stessa fonte:

Absurdum est plus iuris habere eum, cui legatus sit fundus, quam heredem aut ipsum testatorem, si viveret.

Ora quest'asserto, che appunto pel suo legame col § 29 della L. 4, si rivela come una *ratio decidendi*, porta ad escludere che Ulpiano trattasse insieme del legato e della donazione, e che siano di lui i motivi addotti alla fine di quel paragrafo. Non si riferisce in fatti che al caso del legatario, e in un modo strettamente particolare. Conferma del resto in tale giudizio il fr 6 (44, 1) del libro LXXI *ad edictum* di Paolo:

Si rem legatam petat legatarius, de dolo testatoris excipitur: nam sicut heres, *qui in universum ius succedit*, summovetur exceptione, ita et legatarius debet summoveri *quasi unius rei successor.*

Anche Paolo dunque, se si prescinde dalle parole riportate in corsivo, che a ragione il Longo reputa interpolate, discuteva singo-

[1]) Op. cit., nel *Bullettino* cit., p. 266 e segg.
[2]) Op. cit., vol. II, col. 864.

larmente la ipotesi del legato, e arrecava quale *ratio decidendi*, che il legatario va trattato come l'erede.

Validi indizî offre inoltre il testo medesimo. E da prima è da notare, che il tratto « aut is, cui ex causa donationis res praestita est, vindicet », ove il « praestita » non spicca certo per proprietà, fu ricavato con le necessarie modificazioni dal tratto precedente « si quis autem ex causa legati vindicet », dando perciò luogo ad un costrutto assai infelice [1]). Giusto poi avverte il Longo, che nella frase « ex causa eius, in cuius locum successerit », la quale esprime un presupposto non dubbio, in vece del « successerit », si dovrebbe avere un « successit ». Ma l'argomento più efficace è quello che si desume dal confronto delle parole « et magis putat Pomponius *summovendum* » con le altre « et ego puto exceptione *eos esse repellendos* ». Evidentemente i compilatori usarono qui la forma plurale, perchè aveano inserito il caso del donatario. Eppure essi poco innanzi si erano adattati al singolare del testo genuino! Nè da ultimo è difficile scorgere, che un giureconsulto classico non avrebbe detto: « cum... causam sint nancti » piuttosto che « ex causa ».

Ben si può quindi concludere, che Ulpiano dovette presso a poco scrivere:

Si quis autem ex causa legati vindicet, an de dolo *testatoris* exceptionem patiatur? [2]) et magis putat Pomponius summovendum, et ego puto: absurdum est *enim* [3]) plus iuris habere eum, cui legatus sit fundus, quam heredem aut ipsum testatorem, si viveret.

Tuttavia non è ancora lecito cantar vittoria. Perocchè ad un esame meno agevole invita il § 31 dello stesso fr. 4:

Auctoris autem dolus, sicut diximus, emptori non obicitur. sed hoc in emptore solo servabimus: item in eo, qui permutaverit vel

[1]) Una interpolazione analoga per la forma trovo nel fr. 9 § 6 (19, 2): « Si alienam domum mihi locaveris eaque mihi legata *vel donata* sit, non teneri me tibi ex locato ob pensionem: sed de tempore praeterito videamus, si quid ante legati diem pensionis debetur: et puto solvendum ». L'« ante legati diem » esclude evidentemente il « vel donata ».

[2]) Mantengo il sospetto « patiatur » per non abbandonarmi a congetture arbitrarie.

[3]) V. fr. 12 § 5 (38, 2).

in solutum accepit: item in similibus, qui vicem emptorum continent. ceterum si noxae deditus quis sit, Pomponius putat passurum exceptionem, quam ille pateretur, qui noxae dedit. proinde ex quacumque alia causa, quae prope lucrativam habet adquisitionem, quaesisse quis videatur, patietur exceptionem doli ex persona eius, in cuius locum successit: sufficit enim, si is, qui pretium dedit vel vice pretii, cum sit bona fide emptor, ut non patiatur doli exceptionem ex persona auctoris, utique si ipse dolo caret. ceterum si ipse dolo non careat, pervenietur ad doli exceptionem et patietur de dolo suo exceptionem.

Il Longo, che si occupa anche di questo squarcio [1]), minutamente dimostra, ch'esso dal « ceterum si noxae deditus quis sit » in poi non va in gran parte attribuito ad Ulpiano. E di lui in fatti non può essere la frase « passurum exceptionem, quam ille pateretur, qui noxae dedit », la quale ha per soggetto il « si noxae deditus quis sit »: della categoria delle « causae prope lucrativae » non si trova vestigio nelle fonti classiche: strano è il « videatur »: la frase « patietur exceptionem ex persona eius, in cuius locum successerit » ricorda l'altra « exceptionem patiatur ex causa eius, in cuius locum successerit » del § 29: rispettan poco la grammatica il « sufficit enim *si* is... *ut* non patiatur » e il « qui pretium dedit vel vice pretii »: l'ultimo brano contiene spiegazioni e ripetizioni inutili. Ora in tutto ciò sono perfettamente d'accordo col Longo; e volentieri ammetto, che la modificazione del testo classico fu eseguita allo scopo di elidere controversie e « di sistematizzare la dottrina del passaggio dell'*exceptio doli* ». Ma non mi pare molto verisimile la sua congettura sul tenore del passo originale. Io non credo, cioè, che sia genuina la prima parte del nostro paragrafo. E m'induce in ispecie a dissentire il fatto, che la formula « auctoris dolus emptori non obicitur » non si rivela ulpianea. Essa evidentemente è modellata sull'altra « de auctoris dolo exceptio emptori non obicitur »; ma si noti che nei frammenti di questo titolo IV Ulpiano, mentre usa più volte la forma « exceptio obicitur », non adopera mai la locuzione « dolus obicitur », che si legge appunto all'inizio del § 31. E che valore ha del resto quell'asserto solenne:

[1]) Op. cit., nel *Bullettino* cit., p. 271 e segg.

« sed hoc in emptore solo servabimus », subitamente smentito? Donde proviene l'incostanza dei tempi: « permutaverit », « accepit », rilevata anche dal Longo? E si debbon proprio ritenere genuine le parole « item in similibus, qui vicem emptorum continent? »[1]) A me sembra in sostanza, che lo sforzo dei commissarî di assestare la dottrina del trasferimento passivo dell'*exceptio doli* in base alla distinzione fra causa lucrativa e causa non lucrativa, sia pure chiarissimo nella prima parte del testo. Ulpiano e nel § 29 e nel § 30 non fonda i suoi responsi sul significato della voce « emptor », ma dà particolari motivi per ogni singola ipotesi. Non è lecito dunque ascrivere a lui lo spezzamento logico fra il § 30 e il § 31. Anche in quest'ultimo egli dovette addurre particolari motivi in sostegno di altre sue decisioni; e i compilatori in vece ne troncarono la serie, riprendendo la tesi prediletta. Forse nell'un caso o nell'altro il giureconsulto di Tiro enunciava come *ratio decidendi*, che si trattava di una causa simile all'« emptio », dando perciò occasione all'opera dei commissari; ma non è affatto probabile, che da lui derivino le tracce di un ordinamento sistematico, che sono palesi al principio del § 31[2]). E questo, se non erro, ha qualche importanza.

[1]) « Obtinent » in Aloandro. Nel fr. 37 § 4 (38, 1) pare di Paolo la motivazione « solutionis enim vicem continet haec delegatio », sebbene il testo sia largamente interpolato (v. Fabro, *Iurispr. papinianeae scientia*, tit. V, pr. II, illat. XVIII, p. 180 e segg.). Ma ciò non vale certo a dimostrare ulpianea la espressione, assai più infelice, del § 31 in esame.

Si noti per altro, che la formula « *de auctoris* dolo exceptio emptori non obicitur » non poteva ritenersi dai giureconsulti classici tanto elastica. Nella loro lingua « auctor » è unicamente il venditore, e solo più tardi tale voce acquista il senso lato, in cui qui apparisce. Molto imperfetto è in proposito il *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, h. v., II. Nel fr. 1 § 22 (43, 12), nel fr. 3 § 2 (43, 19), sul quale v. Longo, op. cit., nel *Bullettino* cit., p. 239 e segg., nel fr. 4 § 33 (44, 4), nel fr. 1 § 2 (44, 5) e nel fr. 175 § 1 (50, 17) « auctor » non significa che « venditore ». Invece nel fr. 5 pr. (44, 3) le parole « vel donatoris eiusve qui mihi rem legavit » furono senza dubbio aggiunte dai commissari. D'altra parte v. ad esempio nel Codice Teodosiano la l. 107 (12, 1) dell'a. 384: « quicumque heres... successerit, quique fideicommissarius aut legatarius... exstiterit vel si quem liberalitas locupletaverit forte viventis..., sciant pecuniariis describtionibus... sese *auctoris* sui nomine retinendum »; la l. 123 § 3 eod. dell'a. 391: « quidquid... ad unumquemque diversa largiendi occasione pervenerit,... habeatur obnoxium in ea parte, in qua *auctoris* sui nomine fuerat retentatum », e la l. 5 (4, 22) del 397: « ... successorem (erede) *auctoris* sui culpa comitatur ». E in quest'ultimo significato v. già Diocl. (a. 294) nel Cod. Herm., 12, 1 (Consult. 6, 18).

[2]) Cfr. i Basilici, LI, 4, 4: Heimbach, vol. V, p. 97: « Ὁ ἀγοράσας πρᾶγμα, ἢ

XI.

Non voglio nè posso presumere di aver convinto il lettore della bontà di ogni singola indagine; ma debbo almeno sperare, che dal complesso delle osservazioni fatte sia venuto in chiaro, come nelle Istituzioni e nelle Pandette l'uso della voce *lucrativus* in senso tecnico non proceda dai giureconsulti dell'epoca classica.

Nel Codice Giustinianeo, secondo già notammo, quel vocabolo si trova da prima in un rescritto del 293, e cioè nella c. 5 (7, 75):

Ignoti iuris non est adversus eum, qui sententia condemnatus intra statutum tempus satis non fecit nec defenditur, bonis possessis itemque distractis per actionem in factum contra emptorem, qui sciens fraudem comparavit, et eum, qui *ex lucrativo titulo* possidet, scientiae mentione detracta creditoribus esse consultum.

Ci parve lecito il sospetto, che la frase « ex lucrativo titulo » non fosse genuina, sia perchè in tale costituzione è per altro verso palese la mano dei commissari [1]), sia perchè nel Codice Giustinianeo l'epiteto *lucrativus* non viene più adoperato in leggi anteriori alla fine del secolo IV. Ma adesso giova discutere convenientemente di ciò, per tentare di progredire di un passo nella ricerca dell'origine della dottrina in esame.

Ora se con questo proposito si considera la letteratura sull'*interdictum fraudatorium*, fa senso la circostanza, che gli scrittori non sono punto concordi sul valore che deve attribuirsi alla espressione « ex lucrativo titulo » dal nostro rescritto. L'Otto, per esempio, movendo dall'idea che, per la revoca contro il *nesciens fraudis*, le fonti richiedano come causa dell'arricchimento una donazione vera e propria,

κατὰ ἐναλλαγὴν λαβών, ἢ εἰς καταβολήν, ἢ καθ' ἕτερον τρόπον μιμούμενον πρᾶσιν, ἐκ τοῦ δόλου τοῦ προκτήτορος οὐκ ἐκβάλλεται παραγραφῇ· οἱ δὲ ἐξ ἐπικερδοῦς αἰτίας λαβόντες ἐκβάλλονται. Καὶ ὁ δανειστὴς ἐπὶ τῷ ἐνεκύρῳ, καὶ ὁ λαβὼν εἰς νόξαν ».

[1]) Cfr. LENEL, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im klassischen römischen Recht*, Leipzig, 1903, p. 4. V. inoltre SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, p. 99 e 199.

non dubita di costringere quella frase a tal significato[1]). Il Solazzi[2]) in vece confuta le affermazioni dell'Otto, e opina che le parole « ex lucrativo titulo » si debbano spiegare letteralmente. Questi giudizî intanto non persuadono. Certo in favore dell'esegesi dell'Otto si potrebbe addurre, che la giurisprudenza romana, nell'applicare l'interdetto contro l'acquirente ignaro della frode, non ricorre mai al criterio sistematico del titolo gratuito, servendosi al più, come tipo, della donazione[3]); ma d'altra parte la frase discussa non si piega a quel senso. E per contrario il Solazzi ha ragione quando sostiene, che erronea è l'interpretazione, proposta dall'Otto, della c. 5; ma incautamente fa subito propria la norma generale in essa sancita. Bisogna del resto avvertire, ch'egli stesso conclude: « Ma se il criterio seguito dalla dottrina romana nell'estendere l'interdetto ai casi in cui mancasse la scienza dell'acquirente fu l'indole lucrativa dell'acquisto, è necessario tuttavia ricordare che nessuna distinzione il pretore aveva espressamente posto nell'editto, ma soltanto aveva promesso di passar sopra al requisito della scienza *causa cognita*. Codesta causae cognitio ebbe per effetto che i romani si lasciassero dominare dall'equità nel valutare le circostanze di ogni singolo caso, e che talvolta, non ostante la gratuità dell'acquisto, negassero la revoca per mancanza della scientia fraudis » Ora ciò non conferma forse, che appunto estranea alla giurisprudenza dell'epoca classica va anche qui ritenuta la categoria prefissa del titolo gratuito?

Se la c. 5 (7, 75) fosse di data meno recente, non saprei ancora indugiare nel chiarire, che le parole « ex lucrativo titulo » vennero sostituite dai compilatori. Ma in questo caso è opportuno aggiungere, che la c 3 eod. dell'anno 290 tuttavia ripete:

Si paterna hereditate abstinuisti nec quicquam in fraudem creditorum ex bonis eius in te donationis iure transcriptum est, a privatis[4] creditoribus praeses provinciae conveniri te non patietur.

Evidentemente qui domina sempre, come tipo, la donazione. Ed è facile rilevare, che il testo non fu modificato, perchè mancava di

[1]) *Die Anfechtung von Rechtshandlungen*, Leipzig, 1881, § 21, p. 125.

[2]) Op. cit., p. 89.

[3]) Così Venuleio nel fr. 25 pr. (42, 8): « quia ex donatione capit »; e nel fr. 25 § 1 eod.: « quia intellegitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse ».

[4]) V. Solazzi, op. cit., p. 80, nota 4.

quel tuono di norma generale, che avea invece la seconda parte della c. 5.

Nè si può da ultimo tacere, che la frase « ex lucrativo titulo » viene adoperata nelle fonti solo un'altra volta, cioè nella c. 1 § 3 (7, 31) di Giustiniano, e che i Basilici [1]) si accostano al tenore originale del nostro rescritto, riferendo:

Ἐὰν ὁ χρεωστῶν ἐναχθεὶς κατεδικάσθη καὶ μετὰ ταῦτα πέπρακεν ἐπὶ περιγραφῇ τῶν δανειστῶν εἰδότι τινὶ τὸν δόλον αὐτοῦ, ἢ ἐδωρήσατό τινι εἰδότι ἢ ἀγνοοῦντι τὸν δόλον αὐτοῦ, ὡμολογημένως δύνανται οἱ δανεισταὶ ταῦτα τὰ πράγματα διεκδικῆσαι.

Alla conclusione che fino a tutto il secolo III s'ignorò l'uso del termine *lucrativus* nel senso che a noi importa, ormai dunque non ostano che due brani delle *Sententiae* di Paolo. Ma il risultato ottenuto dal confronto che ci permise la fortunata coincidenza del § 8 (II, 17) di queste col fr. 13 § 15 (19, 1) di Ulpiano, basterebbe forse a convincere, che anch'essi sono alterati. Si osservi ad ogni modo la motivazione del § 1 (IV, 1):

Ab uxore, cui vir dotem praelegavit, fideicommissum relinqui non potest, quia non *ex lucrativa causa* testamento aliquid capit, sed proprium recipere videtur.

Tale motivazione non è certo di Paolo. Egli nel fr. 122 § 2 de leg. I, tratto dal libro III *regularum*, a proposito di un caso analogo adduce come *ratio decidendi*: « nihil ex testamento videtur capere, qui tantum erogat, quantum accipit ». Ora nella nostra ipotesi, in cui la moglie « proprium recipere videtur », dovea conseguentemente solo rilevare, ch'essa « ex testamento aliquid non capit ». E infatti ciò che il testo alariciano delle *Sententiae* chiama « non ex lucrativa causa capere », equivale secondo Paolo a « non capere ». Questa dottrina per altro è comune ai giureconsulti dell'epoca classica. Papiniano, ad esempio, nel fr. 77 § 12 de leg. II insegna « dos (p)r(a)elegata retinebitur, quoniam reddi potius videtur, quam dari ». Ma ciò non vuol proprio dire, che la moglie « ex testamento aliquid non capit, sed proprium recipere videtur? »

[1]) IX, 8, 30: Heimbach, vol. I, p. 482.

Elementi simili non si hanno nel giudicar del § 5 (V, 11):

Invitus donator de evictione rei donatae promittere non cogitur, nec eo nomine, si promiserit, oneratur, quia *lucrativae rei possessor* ab evictionis actione ipsa iuris ratione depellitur.

Credo tuttavia, che dopo quanto si è visto, nessuno pretenderà di attribuire a Paolo la infelicissima frase « *lucrativae rei* possessor » di questo celebre squarcio, la quale molto da vicino ricorda il linguaggio della Nov. Theod. 22, 2.

XII.

Per completare la indagine conviene in fine discutere della c. 11 (7, 33) e della c. 1 § 3 (7, 31) di Giustiniano. La prima stabilisce (a. 528):

Super longi temporis praescriptione, quae ex decem vel viginti annis introducitur, perspicuo iure sancimus, ut sive ex donatione sive ex alia lucrativa causa bona fide quis per decem vel viginti annos rem detinuisse probetur, adiecto scilicet etiam tempore prioris possessoris, memorata longi temporis exceptio sine dubio ei competat nec occasione lucrativae causae repellatur.

Non è davvero il caso di seguire gli scrittori negl'intricati ragionamenti sull'importanza di tale costituzione, che volentieri si accusa di oscurità perchè molto concisa, come se Giustiniano, più che dettar leggi ai suoi, dovesse raccontare ai posteri lo svolgimento degli istituti. Preme in vece avvertir subito, che i Basilici [1]) così la rendono:

Ἐπὶ τῆς χρονίας νομῆς τοῖς δέκα ἢ εἴκοσιν ἐνιαυτοῖς καὶ ὁ χρόνος τοῦ προκτήτορος συμψηφίζεται.

Qui non è certo immediatamente indicato il fine della disposizione giustinianea; ma pure il testo è prezioso. Di fatti in primo luogo dimostra, che in quella legge l'imperatore rivolse le sue cure all'*accessio possessionis*, sì che in ben altra luce ne appariscono le parole

[1]) L, 11, 11: Heimbach, vol. V, p. 72.

« adiecto scilicet etiam tempore prioris possessoris ». E con l'ammettere poi, che per la medesima costituzione l'*accessio* compete ad ogni successore singolare, dà quasi la chiave del suo sviluppo nella *longi temporis praescriptio* l'erocchè offre mezzo di stabilire, che avanti Giustiniano il beneficio dell'*accessio* era in questa riconosciuto agli acquirenti *ex causa* onerosa, mentre si dubitava se si dovesse estendere agli acquirenti *ex causa lucrativa*; e che tale incertezza tronca appunto l'imperatore.

Non vedo quindi, che motivo ci sia di attaccarsi agli specchi per determinare l'importanza della costituzione in esame. Ritengo piuttosto, che una siffatta esegesi elimini ogni ambiguità sul valore della notizia riferita dalle Istituzioni giustinianee nel § 13 (II, 6).

§ 12. Diutina possessio, quae prodesse coeperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum: quodsi ille initium iustum non habuit, heredi et bonorum possessori licet ignoranti possessio non prodest. quod nostra constitutio similiter et in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur. § 13 Inter venditorem quoque et emptorem coniungi tempora divus Severus et Antoninus rescripserunt.

Il Ferrini [1]), pur attribuendo ai compilatori la fine del § 12, vede un nesso fra questo e il § 13, « di cui l'origine marciana è chiara per la citazione del rescritto di Severo e Antonino ». Nè son disposto a credere con un recente scrittore [2]), che il compianto romanista abbia fondato il suo giudizio, circa il rapporto di quei due brani, unicamente sull'indizio esterno dato dal « quoque », poichè troppo manifesto è il loro nesso logico, se si esclude il tratto interpolato. Il « quoque » sarà ben dei commissarî; ma tuttavia non si potrà mai negare senza sforzo la originaria coordinazione del contenuto del § 13 col contenuto genuino del paragrafo che lo precede. Marciano dunque avrebbe riferito, che un rescritto di Settimio Severo e Caracalla riconobbe all'*emptor* il beneficio dell'*accessio* nella *longi temporis praescriptio*. Ora tale notizia non giunge inaspettata. Ed in vero dal confronto del tenore della c. 11 col tenore del passo corri-

[1]) *Sulle fonti delle « Istituzioni » di Giustiniano*, nel *Bullettino* cit., vol. XIII (1900), p. 152 e seg.

[2]) Zanzucchi, *La successio e l'accessio possessionis nell'usucapione* (estratto dall'*Archivio giuridico*, vol. LXXII, 2-3), p. 132).

spondente dei Basilici abbiamo già desunto, che prima di Giustiniano l'*accessio* nella *longi temporis praescrip'io* era stata accordata agli acquirenti *ex causa* onerosa. Non è lecito quindi dubitare del senso del § 13.

Giova anzi por mente alla circostanza, che, secondo la nozione data da Marciano, la formula, di cui si servirono Severo e Antonino, non fu quella generale e sistematica di « acquirenti *ex causa* onerosa », ma l'altra di « emptor », che tanto ci è nota come sicuramente classica. Di ciò del resto non mancan vestigia. Ricordiamo col Longo[1]) il fr. 76 § 1 (18, 1) di Paolo[2]), e che non va ritenuta classica, pel confronto col § 5 (V, 2) delle *Sententiae* del medesimo giureconsulto, la espressione contraria della c. 1 pr. (7, 33).

c. 1 pr. (7, 33)	Paul. V, 2, 5.
Cum post motam [et omissam] quaestionem res ad nova dominia *bona fide* transierit et exinde novi viginti anni intercesserint sine interpellatione, non est inquietanda quae nunc possidet persona, quae sicut accessione prioris domini non utitur,...	Si post motam intra tempora quaestionem res ad novum dominum *emptione* transierit, nec is per viginti annos fuerit inquietatus, avelli ei possessionem non oportet.

E veniamo alla c. 1 (7, 31). Il § 3 dispone (a. 531):

Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio bona fide eam capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio, et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris et connumeretur in decennium vel viginti annorum spatium vel triennium, quod in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est.

[1]) Op. cit., nel *Bullettino* cit., vol. XIV (1901), p. 228, nota 2.

[2]) « Eum, qui in locum *emptoris* successit, isdem defensionibus uti posse, quibus venditor eius uti potuisset, sed et longae possessionis praescriptione, si utriusque possessio impleat tempora constitutionibus statuta ».

Non dubito di seguire l'opinione, difesa di recente con viva energia [1]), secondo cui Giustiniano qui si riferisce alla *successio possessionis*. Certo la legge non parla espressamente di successione universale [2]), nè si può, per l'età della fonte, insistere con profitto sul valore del « continuetur » [3]). Rivela però in modo non equivoco il pensiero dell'imperatore la seconda parte del paragrafo, la quale appunto esclude che si tratti di *accessio*. Il costrutto in essa è infelice, ma abbastanza chiaro. Ed in vero la frase « ut... iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio... non interrumpatur » equivale senza dubbio alla precedente: « ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris » [4]), e il « licet ex titulo lucrativo ea coepta est » va quindi rapportato alla « iusta detentio antecessoris ». Ora, accolta tale interpretazione, col riferire il paragrafo in esame all'*accessio possessionis* si ammetterebbe, che Giustiniano volesse concedérne il beneficio al successore singolare, anche di mala fede, di chi avesse acquistato *ex titulo lucrativo!*

Conferma inoltre in quella esegesi il contesto del § 12 I. cit. L'imperatore in esso dichiara di avere esteso alla *usucapio* la regola della *praescriptio*: « possessio, quae prodesse coeperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum ». È dunque più che sicuro, ch'ei dispose circa la *successio*.

[1]) V. Zanzucchi, op. cit., p. 36 e segg.

[2]) È vero, come osserva Zanzucchi, op. cit., p. 37, nota 2, che la voce « antecessor » non è altrove usata da Giustiniano nel senso di autore a titolo singolare, ma è pur vero che da lui non è altrove adoperata nel senso di autore a titolo universale: v. c. 1 § 3 (1, 17): « tam ex facundissimis *antecessoribus* quam ex viris disertissimis fori amplissimae sedis »; c. 2 § 9 eod.: « post Patricium inclutae recordationis quaestorium et *antecessorem*...: nec non Cratinum... optimum *antecessorem* huius almae urbis constitutum », e § 11: « Theophilo et Dorotheo... facundissimis *antecessoribus*; c. 1 § 6 (1, 27): « quod beneficium dei *antecessores* nostri non meruerunt »; c. *Omnem* § 2: « Theophilum et Dorotheum facundissimos *antecessores* »; c. *Imperatoriam* § 3: « Theophilo et Dorotheo viris illustribus *antecessoribus* ».

[3]) Secondo Zanzucchi, op. cit., p. 132, il « quoque » del § 13 I. cit. non va attribuito a Marciano, ma ai Bizantini, perchè accomuna la *successio* e l'*accessio possessionis*. Ora non intendo, come, fermato che questi abbiano smarrito il senso dell'antitesi fra i due istituti, sia lecito tuttavia ricorrere al vocabolario classico per chiarire il loro pensiero.

[4]) La emendazione del Pernice, *Labeo*, II, 1, p. 457: « ut in omnibus iusto titulo *possessis* antecessoris iusta detentio » non mi sembra probabile, mentre addirittura insostenibile è quella del Krueger: « ut in omnibus iusto titulo possessionis antece[*dente posse*]ssoris iusta detentio ».

D'altra parte, se la breve notizia, soggiunta dai compilatori in questo paragrafo delle Istituzioni, può dar luogo a qualche incertezza sul contenuto preciso della nuova disposizione, esplicita è in proposito la legge stessa. Giustiniano in fatti dice, che è suo intendimento di applicare il principio, che la mala fede dell' erede non osta alla continuazione dei *tempora*, anche all' *usucapio ex titulo lucrativo*. Nè mancano, com' è noto, vestigia di una diversa dottrina nel diritto più antico:

Fr. 11 § 3 (6, 2); libro XVI *ad edictum* di Ulpiano: « Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed *donata* ignoranti mihi et apud me conceperit et peperit, competit mihi in partu Publiciana, ut Iulianus ait, *si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem* »[1];

Steph. ad h. l. verb.: sed donata; Bas. XV, 2, 11, sch. 14: « αὕτη γὰρ διαφορὰ τοῦ ἀγοραστοῦ καὶ τοῦ κατὰ δωρεὰν εἰληφότος· ἐπὶ μὲν γὰρ τοῦ κατὰ δωρεὰν λαβόντος τρία ζητοῦμεν· ἵνα καὶ συλλάβῃ παρ' αὐτῷ, καὶ τέκῃ, καὶ ἵνα κατὰ τὸν καιρὸν τῆς ἐναγωγῆς ἀγνοεῖ φουρτίβαν εἶναι τὴν θεράπαιναν »;

Fr. 4 § 18 (41, 3); libro LIV *ad edictum* di Paolo: « Si antequam (ancilla) pariat, alienam esse rescierit emptor, diximus non posse eum usucapere. quod si, cum iam usucaperet, cognoverit alienam esse, initium usucapionis intueri debemus, sicut *in emptis rebus* placuit.

E maggiore risulta l'importanza di tali notizie, se si considera, che i giureconsulti dell' epoca classica hanno sempre riguardo all'erede dell'*emptor* nell'insegnare la norma, che la mala fede di quello non muta la qualità del possesso:

Fr. 7 § 12 (6, 2); libro XVI *ad edictum* di Ulpiano: « In hac actione non oberit mihi, si successor sum et dolo feci, cum is, in cuius locum successi, bona fide *emisset* »;

Fr. 43 pr. (41, 3); libro III *quaestionum* di Papiniano: « Heres eius, qui bona fide rem *emit*, usu non capiet sciens alienum, si modo ipsi possessio tradita sit: continuatio vero non impedietur heredis scientia »[2];

[1] Cfr. ZANZUCCHI, op. cit., p. 76 e segg.

[2] Il LENEL, *Palingenesia*, vol. I, col. 862, nota 1, afferma: « si modo ipsi.. heredis scientia *Trib., cf. C. (7, 31) 1 § 3; I. (2, 6) 12* ». Muove però da una falsa esegesi della costituzione.

Fr. 2 § 19 (41, 4); libro LIV *ad edictum* di Paolo: «Si defunctus bona fide *emerit*, usucapietur res, quamvis heres scit[1]) alienam esse».

Ma queste fonti valgono altresì a dimostrare, che neppure in sì fatta materia la giurisprudenza classica conobbe una distinzione generale e sistematica fra causa lucrativa e causa non lucrativa.

♆

La distinzione in esame, secondo i risultati finora ottenuti, sorse dopo il secolo III, ma certamente prima di Giustiniano. Posteriore al secolo III la dichiara lo studio della c. 5 (7, 75) del 293; anteriore a Giustiniano la rivela il testo visigoto delle *Sententiae* di Paolo. Ed è pur da notare, che a quest'ultimo è conforme la *Interpretatio*. Essa così spiega il § 8 (II, 17):

Si quis agrum alienum cuicumque vendiderit, et postea hic ipse ager ab alio domino, cuius erat, emptori *donatus sit*, venditor emptori in redhibitione pretii quod accepit manebit obnoxius.

E rende poi nel modo seguente il § 5 (V, 11):

Si aliquis rem iuris sui scriptura interveniente donaverit, evictionis poenam sibi constituere invitus non compellitur. ad quam, etiamsi volens promiserit, non potest retineri, quia *res, quae lucrum alteri facit*, damnum pro munere suo donatori inferre non poterit. et si ad hanc rem is, cui donatum est, donatorem voluerit attinere, ab hac actione omnimodis removetur.

Si allontana nondimeno dal testo la interpretazione del § 1 (IV, 1):

Uxori, cui maritus testamento suo dotem, quam ab ea accepit, legati titulo dereliquit, ex ea fideicommissum, si hoc testator iubeat, dare non cogetur, *quia non de mariti bonis aliquid consequitur*, sed quod dederat recepisse videtur.

[1]) V. Zanzucchi, op. cit., p. 32, nota 1. Il fr. 2 § 20 eod. dovea, a mio avviso, riferirsi in origine al *bonorum emptor*.

Ma bisogna avvertire, che nel testo la frase « ex lucrativa causa » era in tal caso affatto inopportuna.

Notizie più precise si ricavano per altro dal Codice Teodosiano. Come già rilevammo, in esso la voce *lucrativus* occorre da prima nella l. 1 (14, 22) del 364, la quale, concedendo un privilegio ai *saccarii portus Romae*, minaccia di confisca il trasgressore: « quinta pars eius speciei fisco lucrativa vindicetur ». Inoltre la l. 1 (3, 6) del 380 dispone, che « si quis in potestate publica positus atque honore administrandarum provinciarum... sponsalia dederit » e poscia abbiano mutato volontà i genitori o la donna, non si debbano restituire le arre: « data pignera lucrativa habeant, si ea non putent esse reddenda »[1]). Tuttavia quest' uso del vocabolo *lucrativus* non vale certo a indicare, che la distinzione fra causa gratuita e causa onerosa dovette sorgere nel secolo IV. Chè anzi un buon argomento per ascriverla al V secolo si desume dal confronto della frase « lucrativae facultates » della l. 173 § 3 (12, 1) del 410 col linguaggio della l. 107 eod. del 384 e della l. 123 § 2 eod. del 391. Nè sembra quindi che per semplice caso la forma « ex lucrativa causa » si trovi da prima nella l. 16 § 3 (6, 27) del 413.

Risulta del resto dall' esame del § 8 (II, 17) delle *Sententiae* di Paolo, che anche i nuovi principii della dottrina del *concursus causarum* non provengono da Giustiniano. Ben si deve piuttosto ritenere che essi, derivati dagl' insegnamenti dei giureconsulti classici sul legato *per damnationem*, non fossero in origine costretti in una formula sistematica, ma, a simiglianza di quelli, enunciati specificatamente. E par dunque lecito concludere, che la stessa fonte anzidetta abbia conosciuta già adulta la nuova teorica.

Considerazioni economiche, ignote all' antico diritto, spiegano, come accennai, il sorgere di questa. Ma d'altra parte è d'uopo riconoscere, che la creazione del concetto di una successione singolare, coordinando i rapporti più varî, tendeva ad accomunarne in molti punti il trattamento giuridico. Una bella prova di ciò porge il fr. 17 § 5 (2, 14):

Pactum conventum cum venditore factum si in rem constituatur, secundum plurium sententiam et emptori prodest, et hoc iure nos

1) Taccio della l. 10 (14, 3), perchè in essa ormai è da seguire la lezione del MOMMSEN « ex qua *lucrata ea* sunt corpora ».

uti Pomponius scribit: secundum Sabini autem sententiam etiam si in personam conceptum est, et in emptorem valet: *qui hoc esse existimat et si per donationem successio facta sit*[1]).

E questa tendenza pure dimostra la c. 11 (7, 33), alla quale nello spirito più tardi si attiene la c. 1 § 3 (7, 31).

S. Di Marzo.

[1]) Che il periodo finale venne aggiunto dai compilatori, rileva il Longo, op. cit., nel *Bullettino* cit., p. 247 e segg.

PERSONE IN "CAUSA MANCIPII"

NEL

DIRITTO ROMANO GIUSTINIANEO

1. Si ritiene comunemente che nel diritto giustinianeo non esistano più, all'infuori dei coloni [1]), delle persone libere, rispetto alle quali il contenuto positivo del diritto di libertà riceve una così forte attenuazione, da poterli assomigliare agli schiavi. Si sa però che codesta categoria di persone, designata con le espressioni *personae in mancipio, personae in causa mancipii* [2]), esisteva nel diritto classico: e sono anche più o meno note le particolarità giuridiche, che distinguono il diritto o rapporto giuridico relativo (cosiddetto *mancipium*, in quel senso subiettivo medesimo in cui occorrono le parole *manus, potestas*) e i fatti giuridici, che gli danno origine [3]). Si sa anche che nel sistema giustinianeo sono venuti meno tutti (o quasi tutti, per quanto mi propongo di dimostrare) codesti fatti: qualcuno, come ad esempio, quello attinente alla datio noxae dei figli di famiglia, proprio per determinazione dei Giustiniani [4]). E non è difficile avvertire

[1]) Di solito, si parla dei coloni come di uno stato intermedio tra la servitù e la libertà; ma, di solito almeno, si soggiunge subito espressamente (cfr. per es. PUCHTA, *Inst.* § 214; MAYNZ, *Cours de D. R.* § 312) che si tratta di persone libere. In modo analogo, Gaio I, 123, 138, parlando delle persone in mancipio, dice che *servorum loco habentur*; mentre poi (cfr. I, 141; II, 90) ne rileva espressamente la personalità.

[2]) Ved. sul *mancipium* per es.: Gaio I, 49; 116; 120; 123; 132; 135; 138-142: II, 86; 90; 96; 160: III, 104; 114; 163 (cfr. anche 199): IV, 79; 80 — Ulpiano X; XIX, 18 — *Collatio IV*, 2, 3 — *Vat. fragm.* 51; 298, 300 — Paolo, *Rec. Sent.* V, 1, 1.

[3]) Cfr. per es. BOECKING, *Pand.* I, 48, ove è la più antica, ma sempre una buona esposizione di questo punto. Notevole, fra le altre, la interpretazione di Gaio I, 141, la quale, in sostanza, torna ora (cfr. KARLOWA, *Roem. Rechtsgesch.* II, pag. 241 alla n. 2) in onore; perchè si riconosce la eccezionalità della disposizione gaiana.

[4]) Cfr. per es. BOECKING l. c.; i miei *Studi sul delitto di furto* (Sulla condictio furtiva § 3) e PERNICE, *Labeo* ivi cit.; BONFANTE, *Ist.* pag. 147, n. 5. Il Bonfante,

che i Giustiniani hanno con molta cura eliminato dalle fonti ogni ricordo del *mancipium*: come, ad esempio, tutte le volte che ricorreva la formula, frequentissima nei classici, *potestate manu mancipiove*; con la quale nel diritto romano classico si indicavano tutti insieme i rapporti di dipendenza personale [5]). Con tutto ciò la causa mancipii esiste, come io credo, nel diritto giustinianeo; ed esiste in un certo determinato caso, per ragioni sistematiche, contro le quali non vale l'autorità del legislatore: *nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit.* Diocleziano e gli imperatori che a lui succedettero nell'ultimo periodo della storia del diritto romano hanno ravvicinata molto la condizione delle persone *in mancipio* cui si allude a quella di una persona sui iuris [6]); ma dichiarare sui iuris

l. c., pag. 147, n. 2, nota benissimo, che nel diritto classico i figli di famiglia potevano essere costituiti in causa mancipii dall'investito della patria potestà anche per motivi diversi dalla datio noxae, come risulta da Paolo V, 1, 1 (vendita per estrema necessità); e che perciò è sospetta di interpolazione la cost. 1 C. de patribus 4, 43, la quale doveva riferirsi alla *fiducia* e al *pignus*. La impossibilità giuridica, che il padre di famiglia faccia oggetto di pegno i figli in potestate, è dichiarata da Paolo nel fr. sopra cit.

[5] Cfr. ad esempio: fr. 10 pr. D. de adq. rer. dom. 41, 1 (= pr. Inst. per quas personas nobis adq. 2, 9): « Adquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam « per eas quos in potestate (ins. *manu mancipiove*) habemus » etc. (cfr. Gaio II, 86: Bonfante, *Ist.* p. 134 n. 1): pr. Inst. per quas personas nobis oblig. adq. 3, 28: « ... admonendi sumus adquiri nobis non solum per vosmetipsos, sed etiam per « eos quoque personas, quae in vestra potestate (ins. *manu mancipiove*) sunt » (cfr. Gaio III, 163): pr. Inst. de his qui sui vel alieni iuris sunt 1, 8 (cfr. Gaio I, 48 e segg.): fr 1 § 1 D. de liberis exhib. 43, 30 (Ulpiano): « Ait praetor: Qui quaeque « in potestate (ius. *manu mancipio*) Lucii Titii », ecc L'alterazione, come nota il Lenel *Paling.* ad Ulp. 1619, è fatta manifesta dal fr. 5 § 1 D. eod.: « Superiora interdicta exhibitoria sunt, hoc est pertinent ad exhibitionem liberorum *ceterorumque*, de quibus supra diximus », ecc. — Alle persone *manu mancipiove* si allude anche nel fr. 1 § 4 D. trib. act. 14, 4 (cfr. Boecking, o. c. § 44, n. 6): « Potestatis verbum ad omnem sexum, *item ad omnes qui sunt alieno iuri subiecti*, « porrigendum est ». La quale interpretazione della parola *potestas* (sia detto per incidente) riguarda particolarmente l'editto pretorio della materia di cui ivi si tratta; non contraddice per conseguenza quanto è detto da noi nel § 4 lett. *e*, a proposito della interpolazione del fr. 20 pr. § 1 D. qui testam. 28, 1 — Ved. anche il fr. 1 § 2 D. de R. V. 6, 1 (che forse riguardava la vindicatio di tutte le persone alieni iuris) e la cost. 21 § 2 C. de evict. 8, 44: « Quem si liberum vel *in mancipio* [*servum* Trib.?] non esse fuerit pronuntiatum ... praeses provinciae ... « quanti tua interest restitui tibi providebit ».

[6]) Come si sa, nel diritto classico (cfr. i passi citati alla nota preced.) la persona in mancipio si comprende nella categoria delle persone alieni iuris. Manca però un'espressione speciale, concepita in forma positiva, per indicare lo stato di chi è

(cioè, *non in mancipio*) codeste persone non si poteva « *per la contraddizion che nol consente* ».

2. Il caso di *mancipium* a cui ho alluso precedentemente è quello che deriva dalla cosiddetta *redemptio ab hostibus*. Ecco brevemente le disposizioni del diritto giustinianeo in proposito: - Se una persona è riscattata dalla cattività per un atto a titolo oneroso (*commercio*, secondo un' espressione che ricorre [7]) di frequente) essa, pur riacquistando la libertà, viene, in generale [8]), a trovarsi rispetto all' agente in un rapporto di dipendenza personale (*in mancipio*, io dico, secondo l' espressione classica). Tale rapporto di dipendenza non tocca il patrimonio del riscattato [9]); non si estende ai figli di lui in potestate o a quelli (se si tratta di una donna) illegittimi, nati successivamente al riscatto [10]); e dura, al più, un quinquennio [11]), se pure non interviene prima, sia una causa di decadenza a titolo di sanzione [12]), sia rimborso o remissione del riscatto, anche per semplice atto del redentore [13]). In forza bensì di tale rapporto, il redento: 1° è compreso insieme col figlio in potestate fra i domestica testimonia, in riguardo alla nota incapacità a testimoniare; 2° è escluso dai vincoli (originari) di agnazione, finchè non si verifica il rimborso del riscatto o la morte del redento, quasi che per quei vincoli si avesse una sospensione degli effetti del postliminio [14]). E bastano queste disposizioni a dar rilievo, anche nel sistema giustinianeo, al rapporto di

uscito dal mancipium : bisogna servirsi o dell' espressione generica *sui iuris esse* (cfr. note 25 e 41) o della espressione negativa *in mancipio non esse* (cfr. nota 5 in f.). Appunto perciò Gaio II, 160 adopera, sebbene impropriamente, la parola *libertas*: « Quin etiam similiter abstinendi potestatem facit praetor etiam ei qui « in causa mancipii, (si) cum *libertate* heres institutus sit, quamvis necessarius, « non etiam suus heres sit, tamquam servus ».

[7]) Cfr. p. es. costt. 11-13; 15-17 C. de postliminio 8, 50. Di *emptio* (*ab hostibus*) si parla nel fr. 19 § 9 D. de captiv, 49, 15.

[8]) Cfr. l'eccezione di cui alla cost. 17 §§ 1, 2 C. de postlim. 8, 50 (figlio riscattato dalla madre). S' intende, che anche un estraneo può intraprendere, mosso da un sentimento di pietà, il riscatto. Ma allora giuridicamente bisogna parlare di donazione; l' agente ha donato il prezzo del riscatto (cfr. cost. 2 C. h. t. 8, 50).

[9]) Arg. dalla cost. 15 C. h. t. 8, 50; cfr. nota 41.

[10]) Arg. dalle costt. 8, 16 C. h. t. 8, 50.

[11]) Cost. 20 C. h. t. 8, 50.

[12]) Cost. 7 C. h. t. 8, 50.

[13]) Cost. 17 C. h. t. 8, 50 (« *qualicumque remittatur indicio* »).

[14]) Cfr, fr. 20 § 1 D. qui testam. 20, 1, per la incapacità a testimoniare; e fr. 1 § 4 D. de suis 38, 16, fr. 15 D. de captivis 49, 15, per l' esclusione dalla agnazione.

dipendenza personale, nascente dalla redemptio. La natura poi non patrimoniale del detto rapporto non impedisce (certo, in una maniera anomala) che esso sia oggetto abile di cessione [15]) e conseguentemente di eredità e di legato [16]). Questa anomalia attiene alla circostanza che il medesimo, come il colonato, è un rapporto personale, accessorio di un interesse patrimoniale; quello, nel nostro caso, del rimborso del riscatto.

3. Si suol dire comunemente, dietro le espressioni letterali di vari luoghi del Digesto e del Codice, che il redemptus ab hostibus rimane vincolato, durante il tempo accennato, da un pegno o da una specie di pegno [17]), oppure (dietro probabilmente un'espressione, che ricorre nel fr. 20 § 1 D. qui testam. 28, 1) da un ius retentionis [18]).

[15]) Fr. 19 § 9 D. de captivis 49, 15 (cfr. anche KARLOWA, l. c., pag. 127, n. 6). Resulta di qui, che quando la cessione è fatta a titolo oneroso e il correspettivo ottenuto supera quello del riscatto, l'acquirente non può esigere dal redento nulla più del riscatto, salvi i diritti che possono competergli a titolo di evizione: cfr. p. es. costt. 12 e 21 C. de evict. 8, 44 (l'ultima cit. alla n. 5 in f.) — Gioverà osservare che, sebbene cedibile, il nostro rapporto non è oggetto abile di pegno, nel senso proprio della parola: cfr. nota 4 in f.

[16]) Cfr. fr. 53 § 1 D. de leg. I. L'anomalia, di cui nel testo a questa e alla nota precedente, non apparisce a chi, come Gaio (ll. citt. alla nota 1) assimila la condizione delle persone in mancipio a quella dei servi; ma esiste tuttavia. E la costruzione gaiana porta d'altra parte (cfr. II, 90) a far dubitare della soluzione di certi casi, su cui veramente non può cadere alcun dubbio.

[17]) Cfr. per es. FERRINI, *Pand.* pag. 76 n. 1; COSTA, *Storia del D. R.* I, p. 375; MAYNZ, *Cours* III § 335, n. 4; GIRARD, l. c., pag. 121; BARON, *Inst.* § 23; PUCHTA, *Inst.* § 214; BACHOFEN (cit. dal VOIGT, *roem. Rechtsgesch.* II § 99, p. 467, n. 16). Di questi i più parlano semplicemente di pegno, in conformità delle espressioni delle fonti. Qualcuno invece parla di una specie di diritto o rapporto di pegno, *quodam vinculo pignoris*; la quale espressione non ricorre nelle fonti. Solo una volta occorre l'espressione *velut naturale pignus* (cost. 2 § 1 C. 8, 50). D'altra parte, perchè si potesse parlare propriamente di pegno, bisognerebbe affermare che l'ius postliminii, nonostante la redemptio, è affatto sospeso (cfr. infatti PUCHTA, l. c.): ma a questa affermazione si oppongono decisamente le fonti (cfr. nota 19).

[18]) Cfr. per es. SALKOWSKI, *Inst.* § 36; ZIMMERN cit. dal VOIGT, l. c. — Questa idea, oltre che nel fr. del Dig. cit. nel testo, è fondata forse sul riflesso che una obbligazione del redemptus, avente per oggetto il rimborso del riscatto (obbligazione, della quale dovrebbe essere accessorio il supposto pegno) non resulta nettamente affermata dalle fonti; sebbene i fautori dell'idea del pegno sembrino ritenere, e debbano di necessità ritenere, il contrario (cfr. p. es. FERRINI, l. c.). Anche quelli tuttavia, che a codesta idea non si mostrano favorevoli, o del tutto favorevoli (cfr. nota 21 seg.) non mettono in evidenza (cfr. p. es. KARLOWA, l. c., pag. 127, n. 1) esservi bensì un pagamento, che sta come condizione all'acquisto

Ma evidentemente si tratta di semplici comparazioni, di comparazioni senza valore giuridico; perchè una persona (e tale è senza dubbio [19]) il redemptus) non può, in nessun caso [20]), essere oggetto di un rapporto patrimoniale di questa natura. E d' altra parte, se non si tratta di un rapporto patrimoniale, bisogna, di necessità, che si tratti di un mancipium, di un rapporto di dipendenza personale fuori della famiglia; nonostante che esso apparisca molto attenuato, cioè lasciato appena sussistere in riguardo esclusivo del riscattato e quasi non più di quanto può importare al rimborso o al compenso del riscatto.

Il carattere non patrimoniale del rapporto in quistione, più o meno distintamente, è stato rilevato da vari autori [21]), prima di questo

di un diritto, ma non un' obbligazione. Un accenno, è vero, all' esistenza di una simile obbligazione si ha nel fr. 15 D. de captivis 49, 15 (« *et sine obligatione debiti obisse* »): ma è certamente interpolato (cfr. dopo alla lett. *h* del § 4; mentre poi le particolarità relative all' estinzione del nostro rapporto, di cui alla n. 13, contrastano ai principii generali in materia di estinzione delle obbligazioni.

[19]) Cfr. su questo punto ad es. KARLOWA, l. c., pag. 126 alla n. 9. Ved. anche ad es. fr. 20 § 1 D. de testam. 28, 1 (« *quamvis placeat hunc servum non esse* »); fr. 3 § 3 D. de hom. lib. exhib. 43, 29; fr. 8 D. de re militari 49, 16; fr. 2 § 3 D. ad SC. Tertullianum 38, 17. Ritengo che le *persone* (salvo le eccezioni, relative a quelle alieni iuris) non possano in alcun modo essere oggetto di atti o rapporti patrimoniali. Ma su questo punto ved., per ora, DE MEDIO, *Bull. dell' Ist. di D. R.* XVI, p. 70, n. 2 e gli autori ivi citati.

[20] Cfr. nota 4 in f; nota 15 in f.

[21]) VOIGT, l. c., pagg. 466-467; il quale dichiara in modo esplicito (cfr. particolarmente ibid. n. 15) essere il potere a cui soggiace il redento l' *ius mancipii* e non potersi parlare (cfr. ibid. n. 16) di un pegno, se non a guisa di paragone. Conseguentemente, egli accoglie l' idea, che il patrimonio del redento passi al redentore fino al momento del riscatto (« *und dem gemaess das Eigenthum dessen Vermoegen bis zu dem Zeitpunkte ueberwies, wo ... luitio erfolgt war* »); in modo, egli dice (e qui forse con minore esattezza) che solo da codesto momento il postliminium spiega i suoi effetti per il redemptus. Ma il medesimo vi contraddice poi, se ben intendo, nella nota 15 in f. (« *und insbesondere erlangt er wieder das Vermoegen*, ecc. ») sul fondamento di una serie di passi, che riguardano anche la condizione dei figli del riscattato. E se l' illustre maestro di Lipsia fosse realmente caduto in contraddizione, non farebbe meraviglia, visto lo stato delle fonti, relative all' argomento: anche il MAYNZ, che ho già citato (nota 17) fra coloro, i quali ritengono che il nostro rapporto abbia carattere di pegno, dichiara altrove (o. c. III, § 339, n. 11) che si tratta di *mancipium*. — Con maggior riserbo altri scrittori, o escludono che si tratti di pegno, affermando che il redento versa in una condizione *simile per importanti riguardi* a quella della persona in mancipio (p. es. in ciò che riguarda la capacità patrimoniale), accennando anche a certa evoluzione storica per cui il rapporto avrebbe preso sempre più il carattere di una garanzia per il pagamento del riscatto (DERNBURG, *Pfandrecht* I, p. 427,

scritto. Non si è però tenuto conto delle difficoltà esegetiche, che anche tale opinione presenta: e soprattutto non si è tenuto conto esatto delle mutazioni avvenute nella portata del nostro rapporto da Diocleziano in poi, cioè dalla fine del puro diritto classico. Non si è visto perciò che il richiamo al pegno delle fonti giuridiche accennate esprime nel modo di vedere dei compilatori, che nel diritto nuovo non esiste più il mancipium nei termini del diritto classico, cioè come un rapporto di così piena dipendenza personale, che era, fra le altre a tempo indefinito e applicabile, non che al patrimonio, alle persone in potestate manu mancipiove del riscattato: un rapporto dunque, per cui il redentore poteva ritrarre dal servizio, dalle opere e dagli acquisti del riscattato *assai più* di quello che aveva dato o pagato. Si può infatti ritenere con fondamento [22]) che anche nel diritto clas-

n. 22); o escludono che si tratti di *vero* pegno, in quanto il redento verserebbe in un rapporto di carattere non patrimoniale *sui generis*, simile alla auctoramenti causa, diverso *sostanzialmente* dal mancipium; durante il quale rapporto, sarebbe anche, *in certo senso*, sospeso l'ius postliminii (KUNTZE, *Cursus*, § 799; HASE cit. dal Kuntze). I primi incontrano difficoltà soltanto in quei luoghi delle fonti, in cui si afferma la capacità patrimoniale del redento (cfr. nota 41): i secondi per la incertezza stessa della loro opinione incontrano delle difficoltà in quasi tutti; e così spiegherei, perchè taluno di essi (Hase) venga a volte inteso (cfr. VOIGT, l. c., nota 15; KARLOWA, l. c., p. 126, n. 8) come se affermasse che i redenti versano tuttavia nella stessa condizione in cui versavano quando erano prigioni. — A questi ultimi scrittori appartiene, se non erro, anche il KARLOWA, l. c., pag. 127 alla n. 6); il quale, pur affermando la libertà del redento ed escludendo che il medesimo sia oggetto di un ius retentionis, evita, in sostanza, di definire in modo positivo il carattere del rapporto. Egli richiama le espressioni delle fonti in cui si parla di pegno; riconosce che questo pegno ha qualcosa di anomalo (*etwas Anomales hat*); ma continua volentieri a servirsi (l. c. alla nota 6) dell'espressione *ius pignoris*, per indicare il rapporto (cfr. anche n. 18 preced.). Inoltre, secondo il KARLOWA, l. c., p. 127 alle note 2 e 3, vi sarebbero state certe differenze tra i giuristi classici intorno alla soluzione di varie quistioni. Ciò attiene, come vedremo, ad alcune interpolazioni malfatte: ma l'idea del Karlowa dimostra che, a superare le difficoltà esegetiche che presentano le fonti, non basta indicare il nostro rapporto come un rapporto non patrimoniale sui generis. — Quale poi sia il fondamento dell'idea, ripetuta vagamente in vari scrittori (Puchta, Voigt, Kuntze, Salkowski) che, nonostante il riscatto, esista una sospensione del postliminium, vedremo in seguito (§ 4 alla nota 37). Intanto però ho già accennato (§ 2 alla nota 14) entro quali limiti essa si debba accogliere nel diritto giustinianeo.

[22]) Nella causa mancipii, nascente da datio noxae, era ammesso che la persona cui essa riguardava potesse riscattarsi. Cfr. *Coll.* II, 3. 1: « Per hominem liberum « noxae deditum si tantum adquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere

sico più antico, quando il redento aveva fatto acquistare al redentore (non ex substantia eius) tanto quanto equivaleva al riscatto, egli potesse esigere la manomissione. Non si deve però credere che anche nel diritto classico più recente (quello posteriore alla cosidetta *constitutio de redemptis*) fosse imposto un preciso conguaglio, in modo che se il redentore avesse acquistato qualche cosa di più del riscatto, potesse essere convenuto con una condictio. È stata una cost. di Onorio e Teodosio [23]), che, innovando al diritto classico, ha limitata a cinque anni la durata del rapporto in quistione; e sono stati, come vedremo, i Giustiniani (se non in parte, Diocleziano e Massimiano prima di loro) i quali hanno escluso che il detto rapporto si estendesse al patrimonio del riscattato e alle persone (non riscattate) in potestà di lui, riuscendo infine a impedire che il redentore potesse dal riscatto ritrarre un guadagno. Tali mutazioni non erano proprio sostanziali, così da meritare che si cancellasse il nome antico del rapporto; o per lo meno bisognava trovarne un altro, specifico, e ben lontano da ogni richiamo alla materia patrimoniale, che non vi ha direttamente che fare. Che poi si tratti, in realtà, per ciò che riguarda la eliminazione dal nostro rapporto del nome di mancipium, di un tribonianismo, ne dà indizio già la circostanza che il paragone del pegno è ripetuto nelle Fonti una diecina di volte; cioè, con un' insistenza, troppo superiore all' intrinseco valore di esso. Invece la cost. di Onorio e Teodosio sopra citata, la quale si è occupata largamente della condizione dei redenti, limitandone, come si è detto, la durata a un quinquennio, non parla affatto nè di pegno, nè di ius retentionis. Ma ciò che più importa si è che le interpolazioni dei passi del Digesto e del Codice relativi al nostro punto, resultano, come ora vedremo, già per il contesto della maggior parte di essi, abbastanza evidenti. Sol-

« cogendus est a praetore qui noxae deditum accepit » etc.: Gaio, I, 140; § 3 Inst. de nox. act. 4. 8. Quest'ultimo passo, nel testo originario, si riferiva appunto alle persone che versano in mancipio in seguito a datio noxae (cfr. nota 4). La costituzione dunque de redemptis, che i passi dei classici del III secolo ricordano (cfr. VOIGT, l. c. nota 14) può essere stata meramente declarativa, sia in riguardo al riscatto, sia anche (cfr. fr. 67 D. de iudiciis 5. 1. riferita alla n. 40) in riguardo all'esistenza del vinculum mancipii (cfr. in senso diverso, VOIGT, l. c.); ma il punto, in vista particolarmente delle congetture del KARLOWA, o. c. II, 104 e sgg., vuole essere riservato.

[23]) Cost. 20 C. h. t. 8. 50 = cost. 2 C. Theod. de postlim. 5. 5; *Sirmond.* 16.

tanto giova avvertire che in questa esposizione si prescinderà a bella posta da ogni richiamo all'altra specie di redemptio ab hostibus che riguarda i beni; perchè mi riservo di dimostrare (e tale dimostrazione sarà una conferma di quella che ora si intraprende) che anch'essa è stata fatta oggetto di interpolazioni.

4. I luoghi delle Fonti, che resultano alterati, talvolta sospetti di interpolazione, nel senso accennato, sono complessivamente i seguenti; nel *Codice*, la cost. 2 pr. § 1; 8; 11; 13; 15, 16 de postliminio 8. 50: nel *Digesto*, fr. 15; 19 § 9; 21 pr. de captivis 49. 15; fr. 20 pr. §§ 1, 3 qui testam. 28. 1; fr. 43 § 3 de leg. I; fr. 1 § 4 de suis 38. 16; fr. 2 § 4 ad SC. Tertullianum 38. 17; fr. 8 de re militari 49. 16. Ma di tutti questi verrà detto in quell'ordine, che ci è sembrato il più opportuno a rendere efficace la nostra dimostrazione:

a. — cost. 2 pr. § 1 C. de postlim. 8. 50 (Gordiano, a. 241): « Ab « hostibus redempti, *quoad exolvatur pretium*, in causam *mancipii* « [*pignoris* Trib.] constituti quam in servilem condicionem videntur « esse detrusi... Proinde si ab hostibus redemptam post dissolutum « *mancipii* [*velut naturalis* [24]) *pignoris* Trib.] vinculum in matri- « monio habere coepisti, nihil est quod de statu eius... debeas per- « timescere ».

b. — cost. 11 C. eod. (Diocleziano e Massimiano, a. 293): « Si li- « berum caput te ab hostibus commercio redemit Sabinus et cum « vinculum *mancipii* [*pignoris* Trib.] superstitem remisisse tibi pro- « betur, non libertus effectus, sed ingenuitati *quam amiseras* [25]) resti- « tutus nullum filiis eius obsequium debes ».

c. — cost. 13 C. eod (idem Impp., a. 294): « Si is qui te ab ho- « stibus ingenuam captam commercio redemit, sibi matrimonio con-

[24]) Ved. ciò che da questa espressione ricava il KARLOWA, l. c. alla nota 20 precedente. — Sull'espressione « *quoad exolvatur pretium* » ved. nota 40.

[25]) Quest'inciso « *quam amiseras* » deve ritenersi interpolato, perchè la causa mancipii non tocca l'ingenuità: cfr. p. es. fr. 21 pr. D. de captivis 49. 15 (COSTA, l. c. pag. 373, n. 126). Chi versa in causa mancipii si dice restituito (in seguito alla manomissione) alla ingenuità, alla originaria ingenuità, o ai pristini natali (cfr. note 34, 38 e 40); appunto perchè, *nonostante la manomissione*, egli continua ad essere ingenuo. L'interpolatore ha intesa la parola *ingenuitas* (cfr. nota 41) nel senso di indipendenza, di *sui iuris esse* (cfr. nota 6): e non mancano scrittori, i quali, tratti in inganno da questa e da altre consimili alterazioni delle fonti, affermano che con la redemptio restano sospesi i diritti d'ingenuità (cfr. p. es. SALKOWSKI, l. c.).

iunxit, dignitate nuptiarum et voto futurae iuxtae sobolis vinculo *mancipii* [*pignoris* Trib.] tibi remisso redditos natales pristinos [26]) « rationis est ».

d. — fr. 19 § 9 D. de captivis 19. 5 (Paolo): « Si is qui emat ab « hostibus, pluris alii ius *mancipii* [*pignoris* Trib.] quod in redempto « habet cesserit, non eam quantitatem sed priorem redemptus red- « dere debet et emptor habet actionem adversus eum qui vendidit « ex empto [27]) ».

e. — fr. 20 pr. §§ 1, 3 D. qui testam. 28. 1 (Ulpiano): « Qui te- « stamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non po- « test. Quod in legatario et in eo qui tutor scriptus est contra ha- « betur. Hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediat, « utputa si impubes, si in potestate (ins. [28]): *mancipiove*) sit testa- « toris. Potestatis autem verbum [*non* Trib.] solum ad liberos qui « sunt in potestate referendum: (ins. *mancipii*) verum etiam ad eum « quem redemit ab hostibus, quamvis placeat hunc servum non esse « [*sed vinculo quodam* [29]) *retineri, donec pretium solvat* Trib.] ... « Quae autem in testamento diximus super prohibendis testimoniis « eorum qui in potestate (ins. [30]): *mancipiove*) sunt in omnibus te-

[26]) Questa espressione, come l'altra analoga della cost. 11 precedentemente riferita nel testo, non ha senso, se non riconoscendo il carattere non patrimoniale del vinculum di cui ivi si tratta.

[27]) Il fr. di Paolo mostra che anche nel diritto classico l'ius mancipii poteva validamente esser fatto oggetto di un atto di vendita e in generale di atti giuridici di carattere patrimoniale. In questo senso, ved. Girard, l. c. pag. 126, n. 1, il quale ammette che la persona in mancipio potesse essere oggetto tanto di mancipatio che di in iure cessio; non che di vindicatio e di actio furti. (In senso contrario si esprime il Voigt, l. c. pag. 464, nota 7 in f.). Nessun dubbio perciò, a mio avviso, che l'ius mancipii potesse essere oggetto di un legato per vindicationem (*Titium, quem in mancipio habeo, do legò*): cfr. fr. 43 § 3 D. de leg. I, di cui alla nota 41; e fr. 1 § 2 D. de R. V, 6. 1, di cui alla nota 5. Le ultime parole del fr. 19 § 9 D. 19. 5 si riferiscono, sia al caso che il venditore-redentore abbia venduta la persona in mancipio come servo (cfr. cost. 21 § 2 C. de evict. 8. 44 cit. alla n. 5), sia al caso che lo abbia venduto ingannando il compratore circa all'ammontare del riscatto.

[28]) Cfr. nota 5.

[29]) Cfr. nota 5. Forse le ultime parole del § 4 « *in omnibus testimoniis accipias, ubi aliquid ... adquiratur* » le quali nel diritto classico dovevano riferirsi alla mancipatio, sono interpolatizie.

[30]) È questo l'unico luogo, nel quale i Giustiniani non hanno designato come pegno il rapporto in questione; lasciando così intravedere la verità sulla natura di esso.

« stimoniis accipias ubi aliquid negotii geritur per quod adqui-
« ratur ».

f. — cost. 8 C. de postliminio 8. 50 (Diocleziano e Massimiano, a. 291): « Praeses provinciae, ne ulterius in servitutis iugo detinearis,
« curae habebit: qui pro sollertia tua parum ignorat magis tuorum
« statum tueri, quos *antequam* [*posteaquam* Trib.] redempta es
« enixam te esse significas, cum eos qui *ante* [*post* Trib.] redem-
« ptionem nascuntur *mancipii* [*ne pignoris quidem* Trib.] vinculo
« [*ob pretium quod pro his datum non est* Trib.] teneri nullis aucto-
« ribus visum est ».

Si trattava di una donna libera, che era stata riscattata, avendo *innanzi* partorito, *fuori di matrimonio*, dei figli. Il redentore teneva lei e i figli come schiavi (cioè [31]), *in mancipio*); e sebbene gli fosse stato fatto il rimborso o l'offerta [32]) del riscatto, si rifiutava *di restituirli all'ingenuità*. Il che egli faceva con doppio torto, perchè i figli erano fuori della causa mancipii. Erano fuori, perchè nati avanti il riscatto; non già per la ragione detta nel testo, che il prezzo del riscatto non era stato dato per loro. Che se i figli illegittimi fossero nati dopo il riscatto; o se, nati avanti e legittimi, il riscatto avesse riguardato il padre, nessun dubbio che i figli avrebbero versato in causa mancipii [33]). Ma l'alterazione del passo è stata fatta appunto per negare codesto; e in tale senso, come cioè *una benigna concessione*, viene richiamata nella cost. 16 successiva

g. — cost. 16 C. eod. (idem Impp. a. 293?): « Commercio redemptae
« filios, licet ex servo medio susceptos tempore, origini ingenuitatis ma-
« tris [*iuxta ea quae benigne placuerunt* Trib.] reddi convenit » [34]).

[31]) L'espressione *in servitutis iugo* si riferiva allo stato, derivante dal mancipium (cfr. i passi di Gaio, di cui alla nota 1); non già a un vero stato di schiavitù, pur nell'intenzione del redemptor. Ma i compilatori hanno tratto (*ne ... quidem*) l'espressione a quest'ultimo senso.

[32]) Cfr. cost. C. h. t. 8. 50.

[33]) Cfr. ciò che nel testo è detto dopo, a proposito del fr. 15 D. de captivis 49. 15. Gaio, I, 135 (contro Labeone) parla invece di uno stato *pendente*: ma è questa forse una particolare eccezione, relativa al figlio di famiglia, caduto *in causam* mancipii per mera formalità (*dicis gratia, uno momento*: Gaio, I, 141): tant'è vero che, secondo Gaio, i figli in potestà del mancipato diventano sui iuris anche se costui muore in causa mancipii. Cfr. su questo punto Costa, l. c. pag. 374. n. 127; Girard, l. c. pag. 126, n. 11.

[34]) Cfr. per l'espressione *reddere origini ingenuitatis*, Paolo *R. S.* V. 1. 2; e per espressioni analoghe e loro rapporto con la manomissione, cfr. note 25 e 41.

Nel diritto classico, come ho accennato, i figli illegittimi della donna riscattata, nati dopo il riscatto, versano in causa mancipii. Ma naturalmente, *oblata redemptionis summa*, devono essere manomessi; e questo diceva la costituzione di Diocleziano; sia o no la frase *oblata redemptionis summa*, o altra simile, da sottintendere o da sostituire a quella interpolatizia *iuxta ea quae benigne placuerunt*. Ciò che benignamente era piaciuto ai compilatori era di escludere i figli dalla causa mancipii; e come ora subito vedremo, dietro questa benigna concessione, è stato alterato anche un fr. del Digesto.

h. — fr. 15 D. de captivis 49. 15 (Ulpiano): « Si patre redempto « et ante *luitionem* [35]) defuncto, filius post mortem eius redemptionis « quantitatem offerat, dicendum est suum ei posse existere [*nisi forte « quis subtilius dicat hunc, dum moritur, quasi, iure pignoris finito, « nactum postliminium et sine obligatione debiti obisse ut potuerit « suum habere* [36]). *Quod non sine ratione dicetur* Trib.] ».

Appunto perchè, come sopra si è detto, i figli legittimi in potestà del redento (e in generale della persona in mancipio) vengono in causam mancipii, ne consegue che essi subiscono una minima cap. diminutio e perdono la qualità di sui rispetto al padre legittimo e la qualità di agnati rispetto agli agnati di lui. E tale condizione dei figli in potestà continua anche dopo la morte del padre; finchè, pagato il prezzo del riscatto (sebbene, si noti, non siano stati in captivitate) vengano manomessi. Ma i Giustiniani, ad evitare questa conseguenza, hanno fatto dire ai classici che, pur essendo i figli del redento di cui si tratta in causa mancipii, si può tuttavia ritenere, andando per la sottile, avere essi alla morte del padre recuperata senz'altro la primitiva agnazione. L'alterazione del nostro passo è patente già nella lettera delle frasi messe in corsivo « *nisi forte quis subtilius dicat... nanctum postliminium... sine obligatione debiti* ». Ma essa si rivela anche nella disposizione giuridica così affermata,

[35]) Cfr. nota 40.

[36]) Tale idea è stata poi accolta senz'altro nel fr. 1 § 4 D. de suis 38. 16: « ..... filius autem suus esse desinit si capitis deminutione... exiit de pote- « state... Quod si filius apud hostes sit, quamdiu vivit nepotes non succedunt. « Proinde etsi fuerit redemptus nondum succedunt ante *luitionem* (cfr. nota 40): « sed si interim decesserit [*cum placeat eum statu recepto decessisse* Trib.] ne- « potibus (ins. *non*) obstabit ». Il *placeat* di questo passo corrisponde al *benigne placuerunt* della cost. 16 C. 8. 50, di cui alla lett. *g* nel testo.

la quale stabilisce una differenza tra la capacità patrimoniale e l'agnazione, che, nonostante la costruzione giuridica di carattere classico (*quasi nanctum postliminium obisse*), rimane senza buon fondamento [37]).

i. — fr. 21 pr. D. de captivis 49. 15 (Ulpiano): « Si quis ingenuam « ab hostibus redemptam eo animo secum habuerit ut ex ea susci- « peret liberos et postea ex se natum sub titulo *mancipii* [*naturalis « filii* Trib.] cum matre manumiserit [*ignorantia mariti eiusdemque « patris neque statui eorum, quos manumisisse visus est officere « debet et* Trib.] exhinde intellegi oportet remissum matri *mancipii* « [*pignoris* Trib] vinculum [*ex quo de ea suscipere liberos optaverit* « Trib.] ideoque ea quae reversa erat libera et ingenua liberum et « ingenuum [38]) (ins. *in causa mancipii*) peperisse constat ».

Nel diritto classico, perchè il redento (e in generale [39]), la persona in causa mancipii) potesse recuperare la originaria indipendenza, occorreva sempre la manomissione; anche nel caso che il riscatto fosse stato sborsato, oppure validamente rimesso, condonato [40]). Il reden-

[37]) Cfr. per la capacità patrimoniale, nota 41. La circostanza, che nel diritto giustinianeo novissimo l'agnazione ha perduto molto del suo valore, non interessa per il mantenimento nel sistema della differenza affermata nel testo, qui e alla n. 14. Quanto alla costruzione giuridica (*quasi nactum postliminium obisse*) ved. alle note 21 in f.; 25 in f. (cfr. n. 14) come i moderni parlino, dietro di essa, di *sospensione* dell'ius postliminii.

[38]) Cfr. sull'ingenuità della persona in mancipio, quando essa era tale precedentemente al riscatto o nasceva in mancipio da persona ingenua, note 25 e 40.

[39]) Cfr. p. es. Boeckino, l. c. alla n. 3.

[40]) *Coll.* II, 3. 1 (riferito alla n. 22). La manomissione occorreva perfino nel caso che la somma del riscatto provenisse dal riscattato, come mostra ad evidenza il fr. 67 D. de iudiciis 5. 1: « Qui se dicit suis nummis redemptus et hoc « probabeverit exhinde liber erit ex quo redemptus, quia constitutio non liberum « pronuntiari praecipit, sed restitui *eum ingenuitati* [*ei libertatem* Trib.] iubet. « Proinde compellendus erit manumittere qui se suis summis redimit » ecc.. Le espressioni *restituere, reddere ingenuitati, reddere origini ingenuitatis accepto pretio redemptionis*, o semplicemente *restituere ingenuitati*, che si leggono, di solito, nelle fonti (cost. 6; 11; 15; 16 C. de postliminio 8. 50) permettono (cfr. cost. 5 eod) di richiamarsi a un atto, che deve essere compito dal redentore dopo aver ricevuto il riscatto; e sono le espressioni tecniche usate dai classici, che hanno continuato ad usarsi anche dopo le innovazioni di Diocleziano e Massimiano di cui nel testo. Dietro tutto questo, a me sembra probabile: 1° che nella cost. 15 C. 8. 50 sia caduta, o sia stata tolta per interpolazione (cfr. nota 41), la parola *ingenuitati*: « Is qui liber constitutus captus ab hostibus commercio redemitur et « antequam restituatur (ins. *ingenuitati*) pro eo datā pecuniā », etc.; 2° che siano alterati, o almeno sospetti d'interpolazione, tutti i luoghi delle Fonti anteriori

tore per conseguenza non poteva nel diritto classico contrarre matrimonio col redento prima della manomissione. E in questo senso appunto si esprime la cost. 2 C. 8. 50 di Gordiano, sopra riferita: « post « dissolutum ... vinculum in matrimonio habere coepisti ». Piacque però a Diocleziano e Massimiano nell'anno 294 di stabilire che il pagamento del riscatto, o la remissione del medesimo anche per semplice atto del redentore (e così magari tacitamente) valesse a sciogliere il mancipium, come resulta dalla cost. 17 pr. C. de postliminio 8. 50: « Liber captus ab hostibus et commercio redemptus, tunc de- « mum cum pretium solverit vel hoc ei qualicumque remittatur in- « dicio statum pristinum recipit ». E in questo principio generale rientra l'eccezione ammessa pochi mesi innanzi dai medesimi imperatori con la cost. 13 C. eod., sopra riferita, che il matrimonio del redentore con la redenta fosse valido; in quanto si aveva una tacita remissione del prezzo del riscatto e insieme del mancipium. Appunto a queste innovazioni [41]) di Diocleziano e Massimiano, le quali (come

a Diocleziano, nei quali si indica l'epoca del rimborso del riscatto, anzi che l'epoca della manomissione, come termine del mancipium. E sono i seguenti: il fr. 15 D. de captivis 49. 15, riferito nel testo alla nota 35 (*luitionem*, invece di *manumissionem*); il fr. 1 § 4 D. de suis 38. 16, riferito nella nota 36 (*luitionem*, invece di *manumissionem*); la cost. 2 C. de postliminio 8. 50, riferita nel testo § 4 lett. *a* (« quoad *exolvatur pretium* » invece di « quoad *manumittantur* »; e il fr. 8 D. de re militari 49. 16: « Qui status controversiam patiuntur, licet re « vera liberi sunt, non debent per id tempus nomen militiae dare ..... sed nec « qui ab hostibus redempti sunt, priusquam *manumittantur* [*se luant* Trib.] ». Anche KUNTZE, l. c. nota 11, si esprime nel senso che il pagamento del riscatto non renda, di per sè, indipendente il redento.

[41]) Un'altra innovazione, dovuta, o a Diocleziano e Massimiano, o addirittura a Giustiniano, è quella che resulta dalla cost. 15 C. h. t. 8. 50: « Is qui liber constitutus « captus ab hostibus commercio redimitur et antequam restituatur *ingenuitati* « (cfr. nota precedente) pro eo data pecunia, successionis iura sibi vindicare « *favore ingenuitatis* potest, ut ex ea possit pretium pro se dato exsolvere ». Nel diritto classico puro le persone in mancipio non potevano essere eredi ab intestato; perchè durando la causa mancipii erano fuori della famiglia (agnatizia). Oltre a ciò le medesime non potevano avere un patrimonio loro proprio (ved. per es. Gaio, III, 104; cfr. per es. BOECKING, l. c. nota 6) con cui pagare il riscatto: sebbene gli acquisti fatti per mezzo di esse dall'investito del mancipium, potessero, una volta raggiunto l'ammontare del riscatto, condurre alla manomissione (cfr. nota 22). La cost. di Diocleziano e Massimiano sopra riferita, che stabilisce la capacità a succedere a suo proprio riguardo della persona in mancipio, costituisce certamente un'innovazione; come accenna il richiamo al *favor ingenuitatis* in un senso analogo a quello in cui molti altri luoghi delle Fonti si richia-

mostra l'espressione *statum pristinum recipit* della cost. 17 pr.) non toccarono la natura del rapporto nascente dalla redemptio, venne adattato il fr. 21 D. de captivis 49. 15 di cui ho indicata innanzi la alterazione.

k. — fr. 43 § 3 D. de legatis I (Ulpiano): « Qui ab hostibus re- « demptus legari *sibi poterit et proficiet legatum ad liberationem « vinculi pignoris quod in eo habuit qui redemit* ».

Riferendosi al concetto giustinianeo del rapporto che nasce dalla redemptio, non si intende affatto come il redento possa esser fatto oggetto di un legato *a sè stesso*. Oggetto di un legato, rivolto a liberare il redento, sarà normalmente, nel diritto giustinianeo, la somma del riscatto: bisogna riferirsi all'ipotesi che il redentore creda erroneamente che il redento sia schiavo, per intendere in qualche modo come possa darsi nel diritto giustinianeo un legato del redento a sè stesso. Questo legato invece era nel diritto classico l'unico modo, nel quale il redento riusciva ad ottenere direttamente l'indipendenza per atto causa mortis. Il redentore, cioè poteva nel suo testamento ordinare che la persona in mancipio diventasse sui iuris (*manumissio testamento*); a quel modo precisamente che egli poteva ordinare che un suo schiavo diventasse libero [42]. E a ciò si riferiscono le parole

mano (non di rado, per interpolazione) al *favor libertatis*. E l'espressione, genuina o no, apparisce impropria, perchè la parola *ingenuitas* vi è usata nel senso di *indipendenza*, di *sui iuris esse* (cfr. note 6 e 25). Il sospetto poi di interpolazione aumenta nel vedere che è venuta a mancare la parola *ingenuitati* nell'espressione « et antequam restituatur *ingenuitati* pro eo data pecunia »; ove la parola era usata nel suo vero significato (cfr. note 25 e 34). Potrebbe dunque anche darsi che la cost. originaria esprimesse il principio, relativo agli iura successionis, in forma negativa (« sibi vindicare *non* potest »); e che l'innovazione di cui si tratta fosse opera dei Giustiniani. In ogni modo, poichè è sicura l'esistenza di un'innovazione in confronto del puro diritto classico, deve dirsi alterato, in conformità della innovazione, anche la fine del fr. 2 § 3 D. ad SC. Tertullianum 38. 17: « Sed si in servitute concepit et manumissa ediderit, ad legitimam eius heredi- « tatem admittetur: idemque et si serva poenae concepit et restituta edidit: hoc « idem et si libera concepit et restituta edidit: hoc idem et si libera concepit et « servitute redacta edidit, mox manumissa est ..... Item si adhuc praegnas ma « numissa est .... Et in servitute edidit filii ad legitimam hereditatem mater « admittetur, ut puta si post moram factam in fideicommissa libertate peperit, « vel apud hostes et cum eo rediit, vel si redempta edidit (ins. *et mox cum eo « manumissa est*) ».

[42]) Vedansi su questo tutti, in generale, gli scrittori, che trattano del mancipium. E cfr. Gaio, I. 138 (« Ii qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco

del fr. di Ulpiano, messe in corsivo; la cui alterazione è evidente, sebbene non si possa tentarne la restituzione. Probabilmente il testo originario accennava insieme e alla possibilità di legare altrui la persona redenta (di cui ho detto alla nota 27) e di lasciargli per legato l' indipendenza (*manumissio testamento*). E così com' è, il fr. mette in piena luce la vera natura del rapporto, nascente nel diritto classico dalla redemptio ab hostibus.

5. Voglio in ultimo notare che vi ha un caso nel sistema giustinianeo, che presenta molta analogia con quello della redemptio ab hostibus, ma che è regolato con disposizioni affatto diverse. Come è noto, alcune costt. di Costantino stabilirono che gli infanti liberi, o raccolti ex sanguine (perchè esposti), o ricevuti ex sanguine (perchè in uno o altro modo ceduti) diventassero schiavi di colui che li aveva raccolti o ricevuti, salvo diritto di riscatto nel solo caso di cessione. Tutto ciò resulta dal combinato disposto della cost. 1 C. Theod. de exp. 5. 8 e della cost. 1 C. Theod. qui his 5. 9, le quali ricevono conferma nei *Vat. fragm.* 34. E non vi ha dubbio che le medesime si debbano interpretare nel senso accennato; sebbene e la schiavitù nascente da un atto di apprensione o di cessione e la sua estinzione per riscatto urtino contro i principii del diritto classico [43]). Giustiniano avvertì benissimo l'enormità delle disposizioni costantiniane; e vi rimediò in quanto riguarda gli esposti [44]) e con certa inclinazione al favor libertatis. Gli esposti, liberi o *servi*, che sono stati raccolti ed allevati si mantengono o *diventano* liberi presso il loro benefattore; ed è escluso perfino che si possa ripetere il pretium alimentorum, in quanto si ritiene che il benefattore abbia di fronte ad essi adempito un officium pietatis (un' obbligazione naturale in lato senso). E tale probabilmente era il diritto classico, relativo agli esposti

« habentur vindicta censu testamento manumissi sui iuris fiunt »); II, 160, riferito alla n. 6. Da quest'ultimo passo parrebbe che la formula della manumissio testamento delle persone in mancipio potesse essere quella stessa, che si usava per gli schiavi (cfr. Gaio, II, 267); ma sarà stata, suppongo, più corretta una formula, che si riferisse al sui iuris esse. Va da sè, che come poteva esser lasciata la libertà agli schiavi per fidecommesso (*fideicommissa libertas*) così pure l'indipendenza alle persone in mancipio.

[43]) Cfr. *Vat. Fragm.* 33; cost. 1 C. de lib. causa 7. 16. Ved. anche, per es. MAYNZ, o. c. III, § 335 e ll. delle Fonti ivi citt.

[44]) Cost. 3 C. de infant. 8. 51; cfr. cost. 20 C. de postliminio 8. 50.

*

liberi, perchè nei molti luoghi delle fonti [45]) che si occupano degli *alunni* (liberi) non vi ha traccia, nè di un ius mancipii, nè di un'obbligazione per il rimborso degli alimenti. Piacque però a Giustiniano, con manifesta incongruenza, di conservare la disposizione di Costantino, relativa agli infanti, resi oggetto dal padre di cessione ex sanguine [46]): dico con manifesta incongruenza, perchè il caso avrebbe potuto almeno equipararsi a quello della redemptio ab hostibus. Si ha così nel sistema giustinianeo un nuovo caso di max. cap. deminutio, che gli scrittori, ignoro il perchè, non rilevano in sede materiae [47]). Bisogna invece tenerne conto; anche per determinare la parte avuta dal legislatore cristiano nello svolgimento del diritto.

Muzio Pampaloni.

[45]) Cfr. i miei *Studi sull'istituzione di erede*, nota 20 (supplem. agli *Studi Senesi*, vol. V, pubblicato pel Centenario dell'Università di Bologna). L'espressione « *neque ipsam libertatem redimendam pretio alimentorum* » del rescritto di Traiano (Plinio, 66, ed. Mueller), riguarda il caso di un servo, che pagando il pretium alimentorum, pretenda la libertà.

[46]) Cost. 2 C. de patribus 4. 43.

[47]) Cfr. per es. Brugi, *Ist.* § 13: Maynz, o. c. III, §3 35 e n. 26 ibid. E il Maynz non tralascia di avvertire che la cost. di Costantino, relativa agli esposti, non è stata accolta nel diritto giustinianeo; cfr. anche o. c. § 326 n. 26. D'altra parte, non si avverte, almeno di solito, la disposizione giustinianea di favore verso gli schiavi, esposti e raccolti ex sanguine, di cui alle note 44-45.

APPUNTI BIBLIOGRAFICI

Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto, pubblicati in onore di **Vittorio Scialoja** nel XXV anniversario del suo insegnamento. - Milano, Hoepli, 1905, vol. I, p. VI-820, vol. II, pag. 812. — I due grossi volumi che in occasione delle onoranze rese all'illustre pandettista della Università romana, segretario perpetuo del nostro *Istituto*, pel compiersi del 25° anno del suo insegnamento, una eletta schiera di cultori delle discipline giuridiche, discepoli o colleghi o ammiratori, ha pubblicato, contengono ben sessanta monografie di diritto romano, di diritto civile, commerciale, canonico, ecclesiastico, penale, internazionale, amministrativo, di storia del diritto italiano, di procedura e così via.

Tra i collaboratori figurano nomi insigni di scrittori nostrani e stranieri, che coltivano la scienza romanistica o le altre branche delle discipline giuridiche, ma tra gli scritti - che son tutti originali - predomina naturalmente l'elemento romanistico.

Il primo volume contiene quelli dei '*discepoli*', in numero di ventiquattro; il secondo quelli degli '*amici, colleghi, ammiratori*' in numero di trentasei.

Dobbiamo limitarci - poichè lo spazio non consentirebbe di dar d'ogni monografia un resoconto anche breve - a indicarne soltanto i titoli: da essi il lettore potrà rendersi conto della importanza che ha la pubblicazione.

Al *diritto romano e alla storia* di questo diritto sono dedicati i seguenti scritti:

A. De Medio, La legittimazione attiva nell''actio legis Aquiliae' in diritto romano classico (I, pagine 29-70);

R. de Ruggiero, Sulla 'cautio usufructuaria' (I, p. 73-89);

E. Carusi, Sul concetto dell'obbligazione (a proposito di un recente libro) (I, p. 123-164);

A. Marchi, Il giuramento in lite e la stima della cosa perita nei giudizi di stretto diritto (I, p. 167-182);

G. Segrè, Note esegetiche sui legati (I, p. 241-280);

C. Arnò, La massima 'dolus auctoris bona fide emptori non nocet' nella const. 3 Cod. 4, 48 de periculo et commodo rei venditae (I, p. 343-354);

C. Manenti, Sulla regola sabiniana relativa alle condizioni im-

possibili illecite e turpi in diritto romano (I, p. 393-472);

A. Ascoli, Prescrizione estintiva e 'rei vindicatio'. Nota (I, p. 475-483);

P. Bonfante, La 'successio in universum ius' e l''universitas' (I, p. 533-577);

S. Riccobono, Sull''usus' (I, p. 581-603);

C. Longo, Il criterio giustinianeo della 'natura actionis' (I, p. 607-641);

A. F. Sorrentino, La responsabilità del 'periculum rei' nel commodato solidale. Note al fr 21 § 1 D. 13, 6 (I, p 645-662);

S. Solazzi, L'editto 'de fructu praediorum vendendo locandove' (I, p. 665-700);

S. Di Marzo, Sulla dottrina romana dell'eredità giacente (II, p. 53-68);

S. Perozzi, Problemi di origini [I. Manumissione dei servi; II. Confarreatio e coemptio matrimonii causa; III. Tutela; IV. Servitù prediali] (II, p. 169-223);

Ch. Appleton. La clause 'apochatum pro uncis duabus' et l'histoire de l'as sextantaire (II, p. 505-536);

F. Mancaleoni, Le donazioni tra vivi e la legittima del patrono nel diritto romano classico (II, p. 611-625);

P. Delogu, Frammenti scelti del 'corpus iuris' per le scuole secondarie classiche. Lettera (II, p. 645-653);

G. Bonelli, Sulla legge 77 § 8 Dig. de legatis II (31) (Garanzia evizionale tra fratelli nella divisione paterna) (II, p. 683-710);

R. Saleilles, Le droit romain et la démocratie (II, p. 713-730);

E. Ehrlich, Ulpians οὐσία Theorie (II, p. 733-742);

G. Baviera, Sul nome dei Proculiani e dei Sabiniani (II, p. 761-769)

Storia del diritto italiano, bizantino, francese, ecc.:

F. Brandileone, La 'traditio per cartam' (παράδοσις δι' ἐγγράφου) nel diritto bizantino (I, p. 3-26);

A Galante, Il diritto di patronato ed i documenti longobardi (I, p. 487-497);

J. Lameire, Les 'Acorts de Vich' relatifs à un type spécial de déplacement de souveraineté (II, p. 71-79);

N. Tamassia. I colliberti colla storia del diritto italiano (II, p. 149-166);

R. Caillemer, L'origine du douaire des enfants (II, p. 251-278);

E. Meynial, Quelques notes sur l'histoire de la rescission pour lésion des contrats entre majeures au moyen-âge La glose, les glossateurs et les bartolistes (II, p. 341-351);

L. Siciliano Villanueva, Leggi e canoni in materia di diritto privato secondo i principali canonisti e legisti del secolo XIII. Considerazioni (II, p. 395-432);

E. Besta, Per la storia della nostra letteratura processuale nella prima metà del secolo decimoterzo (II, p. 657-670).

Diritto civile:

V. De Pirro, Della condizione imposta da un terzo al donatario od istituito 'di dover imputare e ritenere la liberalità a titolo di

anticipata successione dei suoi genitori' (I, p. 93-119);

G. Venezian, L'errore ostativo (I, p. 185-237);

L. Coviello, Natura del possesso dell'alienante prima della consegna (I, p. 317-340);

V. Simoncelli, Sui limiti della legge nel tempo (I, p. 357-390);

P. Coppa-Zuccari, La proprietà dei singoli piani di un edificio (I, p 739-809);

B Brugi, Locazione-conduzione fra comproprietari della cosa (II, p. 139-146);

G. P. Chironi, La responsabilità o la garantia nella formazione del negozio contrattuale (II, p. 495-501);

V. Polacco, Rinvio di leggi a leggi future (II, p. 629-642);

L. Barassi, Sulla natura giuridica della confessione stragiudiziale (II, p. 673-679);

F. Ferrara, I negozi fiduciari (II, p. 745-758).

Diritto commerciale:

L. Bolaffio, Tratti caratteristici del rapporto di mediazione (II, p. 3-9);

L. Abello, Natura giuridica dell'azione al portatore. Contributo alla teoria generale dei titoli di credito (II, p. 97-136);

U. Navarrini, Sulle società a responsabilità limitata (I, p. 477-492);

Alfr. Rocco, Intorno al carattere del diritto commerciale obiettivo e a' suoi rapporti col diritto civile (II, p. 539-558);

A. Bruschettini, Di un requisito essenziale dell'avaria comune (II, p. 585-595);

F. Bolchini, La cambiale in bianco (II, p. 773-810).

Diritto canonico ed ecclesiastico:

F. Scaduto, Fabbricati ex-conventuali concessi ai comuni e alle provincie. Redditizietà (II, p. 13 33);

N. Coviello, Il diritto di patronato in rapporto al codice civile (II, p. 37-49);

D. Schiappoli, Responsabilità penale senza dolo o colpa nel diritto canonico (II, p. 227-247);

S. Pivano, Il 'veto' od 'esclusiva' nell'elezione del pontefice (II, p. 281-337);

F. Ruffini, La codificazione del diritto ecclesiastico (II, p. 355-391).

Diritto penale:

Art. Rocco, Sul concetto del diritto subiettivo di punire (I, p. 501-529);

B. Alimena, Su la natura del diritto di querela (II, p 459-474);

S. Marsili, Sulla responsabilità penale del giudice civile che decide in causa propria (II, p. 599 608).

Diritto internazionale:

D. Caporali, Le sentenze straniere di divorzio e la Convenzione dell'Aja del 1902 (I, p. 813-818);

P. Fedozzi, Cenni sull'interpretazione delle leggi di diritto internazionale privato (II, p. 435-456);

M. Amar, Dell'estensione della protezione internazionale dei marchi secondo la Convenzione di Parigi 20 marzo 1883 (II, p. 561-581).

Diritto amministrativo:

O. Ranelletti, Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione (I, p. 703-736).

Procedura civile:

G. Chiovenda, Sul litisconsorzio necessario (I, p. 283-314).

Filosofia del diritto:

V. Miceli, Sul principio di equità. Brevi considerazioni (II, p. 83-93).

Atti del Congresso internazionale di scienze storiche tenutosi a Roma dal 1° al 9 aprile 1903, vol. IX. — Il volume è dedicato alla *Storia del diritto* ed alla *Storia delle scienze economiche e sociali* e siamo lieti di additarlo ai lettori del nostro Bullettino, dacchè una notevole parte di esso è dedicata agli studi storici del diritto romano.

Il primo degli argomenti romanistici trattati nel Congresso fu quello della autenticità e dell'antichità delle XII tavole, su una relazione inviata da C. Appleton, '*Nature et antiquité des Leges XII tabularum*' e letta, in assenza dell'autore, da R. Caillemer. L'Appleton dopo aver richiamato la tradizione ed accennato le critiche mossele dal Pais e dal Lambert, limita la sua indagine a ricercare se le XII tavole sieno un documento ufficiale di codificazione ovvero una compilazione privata, e rivedendo tutta la tradizione, che di recente è stata ritenuta completamente o almeno in gran parte leggendaria, afferma e si sforza di provare che essa riposa su fatti reali; che pertanto deve ritenersi impossibile che si conservassero in un'opera pratica, quali sono i tripertita, vocaboli e forme linguistiche già cadute in disuso o, peggio ancora, divenute incomprensibili; che il sistema della divisione in tavole non potè da Sesto Elio esser preso a prestito dalle leggi di Solone, essendo queste a lui ignote, e che esso stesso è prova del carattere officiale del testo Presero parte alla discussione, adducendo importanti argomenti pro e contro la tesi dell'autenticità. il Leonhard dell'Università di Breslavia e il Cuq di Parigi, e tra i nostri lo Scialoja e il Riccobono.

Il Collinet presentò una relazione intorno alle formule d'azione nei tempi del Basso Impero, '*La persistance des formules d'action au Bas-Empire d'après l'interpretatio Gaii* (*Palimpseste d'Autun*)'; in essa, prendendo a studiare i § 108 a 112 del pseudo-Gaio, l'A. dimostra come la formula dell'azione, pur cessando nei più tardi tempi dell'impero d'essere il modo ordinario di agire nella procedura romana, non disparve interamente, ma si conservò modificata solamente in quelle parti che l'accomodamento alla procedura straodinaria, divenuta d'ora innanzi normale, imponeva.

Sulle vicende medioevali del diritto romano in Francia si soffermò un altro dei congressisti, il Meynial, con una comunicazione intorno all'*Application du droit romain dans la région de Montpellier au XIIe et XIIIe siècles*'.

Molto notevoli le due comunicazioni, l'una del Buonamici sulla '*Riproduzione in fotolipia del manoscritto fiorentino delle Pan-*

dette ', nella quale l'illustre romanista di Pisa ha dato al Congresso ragguagli precisi intorno al modo con cui la Commissione, della quale fan parte lo stesso Buonamici, lo Scialoja, il Biagi, prefetto della Laurenziana di Firenze, e il paleografo Rostagno, ha proceduto alla pubblicazione dei primi fogli; fornendo anche una minuta e preziosa descrizione del manoscritto, il Buonamici ne ha tratto occasione per rivedere la storia diplomatica di esso e confortare di nuovi argomenti la congettura del Grandi, che cioè il codice fosse stato direttamente trasportato a Pisa da Costantinopoli; l'altra è dello Scialoja, '*Per la critica delle Pandette* ', e vi si parla dei vantaggi che per la critica del testo sarà per apportare la riproduzione in parola, accennandosi in particolar modc ai resultati che l'esame diretto dei fogli può fornire per la correzione del testo e per la ricerca delle interpolazioni.

Dello stesso Scialoja è una seconda comunicazione, '*Prima raccolta di formule relative al diritto romano* ', con cui l'illustre romanista, dopo aver constatato come l'opera classica del Brisson sulle formule sia ormai divenuta insufficiente ed antiquata, d'accordo col Lotmar propose - e il Congresso approvò - che qualche Accademia, coadiuvata da più studiosi, prendesse l'iniziativa per la pubblicazione di una nuova raccolta delle formule che i vecchi e nuovi testi romani ci hanno conservato.

Seguono altre comunicazioni dello Zocco-Rosa, la prima di poco rilievo, '*Sul metodo dei compilatori nella composizione delle Istituzioni di Giustiniano* ', poichè in essa s'impugnano le conclusioni cui giunse, dopo studi profondi e ripetuti, il Ferrini e che sono state universalmente riconosciute esatte ed accettate; la seconda, '*Nuove osservazioni sul testamentum in procinctu* ', diretta a dimostrare - del che peraltro non eravi bisogno, poichè niuno allo infuori di un ignoto scrittore tedesco, il Baug, ne ha mai dubitato - come il testamento in procinctu non sia tutt'una cosa col testamento calatis comitiis; la terza '*Sponsio e iusiurandum* ', in cui si afferma che la sponsio era in antico accompagnata da giuramento, dal quale riceveva protezione.

Sulle origini del testamento per aes et libram, '*Die Anfänge des testamentum per aes et libram* ' riferì l'Ehrlich con una comunicazione, che diede luogo ad una notevole disputa tra i congressisti, particolarmente intorno alla notizia data da Gaio che l'*emptor familiae* è *heredis loco* posta a raffronto con le regole sulla successione necessaria. Di una parte dell'opera svolta da B. Borghesi ha trattato il Cuq, traendo occasione dalla pubblicazione dell'ultimo volume di lui sui prefetti del pretorio per trattare '*De l'utilité des schede de Borghesi sur les préfets du prétoire pour l'histoire de la législation du Bas-Empire* ', e dimostrare con opportuni e-

sempi in materia di *controversia de fine*, del SC. Claudiano, di impedimenti matrimoniali tra cugini germani, di competenza dei vescovi nelle cause civili, come la conoscenza delle liste dei prefetti del pretorio possa agevolare la spiegazione di alcune modificazioni introdotte dal diritto del Basso Impero.

E' da tener presente poi una parte, la terza, della comunicazione del Gaudenzi sulle '*Notizie dossali delle antiche carte bolognesi*' e la formula '*post traditam complevi et dedi*', ove si tratta della pubblicità dei trasferimenti d'immobili nel diritto romano antegiustinianeo; nonchè tutta la discussione della seduta del 6 aprile, nella quale fu largamente trattata la questione della parte che deve farsi all'insegnamento della storia del diritto romano nelle Università e negli Istituti scientifici.

Gesammelte Schriften v. **Theodor Mommsen**. 1. Abteilung: *Juristische Schriften*. I Band, mit Mommsens Bildnis und zwei Tafeln. - Berlin, Weidmann, 1905, in-8°, pag. VIII-480. — Questa pubblicazione veramente preziosa rappresenta il più degno monumento che potesse innalzarsi in onore del grande storico tedesco. Ed è un monumento tanto più pregevole, in quanto che ad innalzarlo aveva incominciato a dare opera lo stesso Mommsen, quando ancora la vigorosa sua attività scientifica avevalo reso avvertito della opportunità di raccogliere in un'unica edizione tutta la grande massa de' suoi scritti disseminati in riviste, in programmi scolastici, in fascicoli d'occasione. Fin dal 1898 egli aveva infatti - siccome avverte l' Hirschfeld nella prefazione al presente volume - affidato l' incarico allo Zangemeister ed allo stesso Hirschfeld di curare una nuova edizione di tutti i suoi scritti ordinandoli secondo le varie discipline, e aveva incominciato intanto da se medesimo a preparare, coll'aiuto del Kübler, un primo volume contenente il testo di antiche leggi e i loro commentari, che con altri due volumi, destinati l'uno ai lavori sui giureconsulti e sui codici romani, l'altro a quelli sulla storia del diritto romano in generale, avrebbe dovuto formar la raccolta completa de' suoi scritti giuridici Sull' inizio del lavoro il Mommsen moriva, e l'opera venne quindi sollecitamente condotta a termine, pel primo volume, dal Kübler, con la collaborazione del Dessau per la parte epigrafica, del Wilcken e del Mitteis per quella papirologica. Mentre intanto sono già in preparazione gli altri due volumi e sotto la guida dell' Hirschfeld si va provvedendo per la edizione degli altri scritti storici, filologici, epigrafici e numismatici, i romanisti possono già trarre profitto da questo primo volume, che è della massima importanza pei loro studi, siccome dimostra la semplice enunciazione delle materie che vi son contenute: 1. Lex Repetundarum - 2. Lex Agraria - 3. Lex Municipii Tarentini - 4. Ueber den Ihnalt des rubrischen Ge-

setzes - 5. Ein zweites Bruchstück des rubrischen Gesetzes vom Jahre 705 - 6. Zu C. I. L. XI, 1146 - 8. Lex coloniae Juliae Genetivae Urbanorum sive Ursonensis - 9. Lex coloniae Genetivae, c. LXI-LXXXII - 10. Die Stadtrechte der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica - 11. Sententia Q. M. Minuciorum inter Genuates et Viturios - 12. Zwei Sepulcralreden aus der Zeit Augusts und Hadrians - 13. Aegyptisches Testament vom J. 189 n. Chr. - 14. Des Testament des C. Longinus Castor (Nachtrag) - 15. Aegyptischer Erbschaftsprozess aus dem J. 124 n. Chr. - 16. Aegyptischer Erbschaftsprozess vom J. 135 n. Chr. - 17. Aegyptische Papyri

B. Windscheid, *Gesammelte Reden und Abhandlungen.* Herausgegeben von P. Oertmann. Mit Porträt. - Leipzig, Duncker und Humblot, 1904, in-8°, pag. XXXVI-434. — Dell'illustre pandettista tedesco non tutti gli scritti eran noti agli studiosi di diritto romano; e non dirò già le prolusioni o i discorsi che col diritto romano non han che vedere, ma gli stessi lavori scientifici, dei quali qualcuno per essere stato pubblicato o in riviste poco diffuse tra noi o in programmi non destinati al commercio librario, era divenuto, quanto meno, difficilmente accessibile. Molto opportunamente ha dunque l'Oertmann, adempiendo ad un incarico della famiglia di lui, pubblicato questa bella raccolta, cui fanno da introduzione un'anonima esposizione della vita di lui ed uno studio molto accurato dello stesso Oertmann sul Windscheid come giurista. Non tutti gli scritti del grande maestro son però qui accolti: trattasi solamente degli scritti minori, e tra questi soltanto dei principali, pei quali l'editore ha preso come punto di partenza l'anno 1850, l'anno cioè in cui egli si affermò come maestro con la pubblicazione del celebre lavoro sui presupposti, di cui peraltro qui è pubblicato solo il secondo studio del 1892. Ed ecco la raccolta degli scritti. La prima parte del volume contiene i discorsi. Il primo, pronunciato nell'anno 1854 all'Università di Greifswald, è sul ' diritto e la scienza giuridica ' (' *Recht und Rechtswissenschaft* '); il secondo, del 1858, sul diritto romano in Germania (' *Das römische Recht in Deutschland* '); il terzo è diretto agli studenti per l'apertura dell'anno accademico 1867-68 nella Università di Monaco; sulla scuola storica (' *Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft* ') è il quarto dell'anno 1878; mentre il quinto è una commemorazione del Savigny pronunciata nell'Università di Lipsia il 21 febbraio 1879 e finora inedita (' *Festrede zum Gedächtniss von Savigny* '). Del 1884 è il discorso inaugurale pronunciato all'apertura dell'Università di Lipsia sui compiti della scienza giuridica (' *Die Aufgaben der Rectswissenschaft* '); e di carattere prettamente politico è l'ultimo tenuto nel 1885 sul Bismarck

(*'Bismarck als Staatsmann und Parlamentarier'*).

Gli scritti giuridici, contenuti nella seconda parte del volume, ammontano a undici, e vanno dal primo lavoro sulle condizioni pubblicato nel 1851 all' ultimo sulle prestazioni patrimoniali indirette apparso nel 1892. Essi sono:

Die Wirkung der erfüllten Bedingung. Eine akademische Gelegenheitsschrift, p. 127-166 (1851);

Ueber die Wirkung der erfüllten Potestativbedingung, p. 167-193 (1852);

Die Singularsukzession in Obligationen, p. 194-214 (1853);

Die ruhende Erbschaft und die vermögensrechtliche Persönlichkeit, p. 215-241 (1853);

Zur Lehre von der Korrealobligation, p. 242-271 (1859);

Zur Lehre von der Korrealobligation im römischen und heutigen Recht (a proposito di un'opera dal Samhaber), p. 272-291 (1861);

Zur Erinnerung an Berthold Delbrück, p. 292-300 (1868);

Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung Dekanatsprogramm, pag. 301-336 (1878);

Wille und Willenserklärung, p. 337-374 (1880);

Die Voraussetzung, p. 375-409 (1892);

Die indirekte Vermögensleistung, p. 410-430 (1892).

In fine del volume un elenco generale delle opere indica quali sono gli altri scritti del Windscheid, che non hanno trovato più posto.

Alfred Maningk. *Pfandrechtliche Untersuchungen*. I. Heft: Zur Geschichte der römischen Hypothek. I Teil. - Breslau, 1904, p. XII-136. — La prima parte di quest'opera, che a giudicare dalle proporzioni date al punto trattato si annuncia voluminosa, è destinata allo studio della terminologia e della letteratura romana sulla ipoteca e sul pegno. I risultati fondamentali della indagine istituita su questa base sono i seguenti. Dall'uso dei termini greci (*hypotheca, hyperocha, antichresis*) non si deve direttamente conchiudere per la origine greca della ipoteca romana. L'espressione '*pignus oppositum*' non è la più antica per designare l' ipoteca; l'altra '*pignus depositum*' denota sempre il pegno del possesso. E per contrario '*pignus obligare*' non è espressione più recente per designare l' ipoteca, mentre è infondato il ritenere che '*pignus dare*', '*pignori rem dare*' significhi costituzione del diritto di pegno con tradizione della cosa. Non una espressione unica si ha per la costituzione della ipoteca, nè una per la estinzione del diritto: ma la più frequente è pel primo caso '*pignus* (*hypothecam*) o *pignori* (*hypothecae*) *dare*', pel secondo '*pignus* (*hypotheca*) *solvitur*' '*liberatur*'. Inoltre '*pignoris causa tradere*' o '*accipere*' non è sempre interpolatizio. L'A. passa quindi in rassegna tutte le singole espressioni che si riferiscono al pegno e alla ipoteca, prendendo in esame ad una ad una le applicazioni termino-

logiche che si riscontrano presso ciascun giureconsulto. E questo esame istituisce studiando cronologicamente il linguaggio dei giuristi, a cominciar da Servio e da Alfeno sino a Modestino ed Ermogeniano, per modo che dal progressivo svolgimento della terminologia ne risulti un corrispondente svolgimento dei concetti dell'istituto. La ipoteca egli ritiene già esistente ai tempi di Catone; e in Labeone (l. 35 D. 20. 1), crede si debba riscontrare la prima menzione del pegno contrattuale, così come a Nerva (l. 9 D. 20. 2), vuol attribuir quella del riconoscimento del pegno legale del locatore, negandone a Nerazio la priorità desunta dalla l. 4 D. 20 2, poichè anche in Plauzio (l. 13 D. 20. 4) è presupposto il pegno legale sugli *illata*. La protezione reale della ipoteca apparisce per la prima volta in Celso (l. 69 D. 46. 3); ma soltanto con Giuliano incomincia l'uso del termine 'ipoteca', la cui più antica testimonianza nel digesto ci è data dal fr. 33 § 4 D. 41. 3, in cui l'A. non crede che la parola 'hypotheca' sia interpolata. Quanto al diritto di vendita del pegno da parte del creditore pignoratizio egli è d'avviso che già Pomponio (l. 5 D. 13. 7) lo considerasse siccome legalmente spettante al creditore, e ciò in contraddizione con la teoria comune, che la prima menzione ne trova soltanto in Papiniano. E di Pomponio dichiara interpolato il fr. 59 D. 21, 2 nell'ultima frase: 'vel quodam casu hypothecas habet'. Nella l. 50 § 1 D. 23. 3 di Africano respinge l'affermata interpolazione di *pignus* al posto di *fiducia*; in genere non è da ammettere che la parola hypotheca sia normalmente interpolata. Altre osservazioni nuove vengon fuori dall'esame della terminologia in Papiniano, da quella relativa alla hyperocha, termine che trovasi soltanto nella l. 20 D. 20. 4, da quella di Ulpiano, ove è presa particolarmente in considerazione la espressione 'fiduciae causa mancipio dare' e di Paolo del quale è specialmente studiato il fr. 30 § 1 D. 9. 2. La conclusione finale dell'A. è insomma, che nella trattazione generale dell'istituto del pegno e della ipoteca fatta dai giureconsulti romani il termine *hypotheca* (e con esso gli altri due di *hyperocha* e *antichresis*) ricorre così poco di frequente – e nei casi in cui è adoperato è difficile la constatazione di una interpolazione – da non potersi trarre alcuna deduzione a favore della origine greca dell'istituto; mentre d'altro canto il contenuto stesso dell'istituto si riscontra così largamente trattato nelle opere dei giureconsulti, anche prima dell'apparizione del termine *hypotheca* negli scritti dei classici, da doversi necessariamente ammettere che esso appartiene al sistema proprio dei Romani.

Sopra più d'una delle dimostrazioni del M. è legittimo nutrire seri dubbi. Per la confutazione di alcuni di essi può vedersi la cri-

tica fattane dall' Herzen nella *Zeitschr. der Savigny - Stiftung* XXV, 1904, p. 449-457.

R. Lioy. *Che cosa sia il dies incertus*. - Napoli, 1904, p. IX-44. — Nessun risultato nuovo è apportato alla dogmatica romanistica da questo scritto. Che per *dies incertus* sia promiscuamente inteso dalle fonti tanto il *dies certus an incertus quando*, quanto il *dies incertus an et quando* è cosa su cui non mette conto insistere. Tutto sta a determinare caso per caso qual sia il significato che al *dies* nell' uno o nell'altro senso è attribuito nei singoli frammenti, e secondo la indagine fatta volta per volta si dovrà conchiudere che trattasi d'un vero e proprio termine, ovvero d'un termine che ha del *dies* solo l' apparenza, ma il contenuto della *condicio*. È quindi opera vana voler stabilire che l' espressione 'dies incertus' sia da intendersi sempre pel termine incerto sul se e sul quando, e definir come tale il *dies incertus*. Il campo, quanto allo studio della terminologia, era già mietuto, nè v'erano da raccogliere frutti nuovi, salvo che in alcuni punti del tutto speciali della dottrina, ove la esegesi potrebbe ancor tentarsi con speranza di risultati. Ma questi punti sono del tutto trascurati dall'A., che, a quanto pare, non ha conoscenza esatta della larga letteratura al riguardo.

A. Dernburg. *Pandette*. Vol. III: *Diritto di famiglia* e *Diritto dell'eredità*. Prima traduzione dal tedesco sulla 6ª ediz. di F. B. Cicala. - Torino, Bocca, 1905, in-8°, p. XII-778 — La traduzione italiana delle pandette del chiaro professore dell' Università berlinese, felicemente incominciata col 2° volume sul diritto delle obbligazioni (1903, p. XIV-649), continua con questo terzo sul diritto di famiglia ed ereditario. Il Cicala, che s'è accinto alla grave opera della versione, v'è riuscito assai bene, dimostrando di possedere ugualmente la lingua tedesca, che in alcuni punti del grande trattato non è sempre di agevole riduzione nell' idioma nostro, e la terminologia giuridica italiana. La versione è fatta sulla sesta edizione dell' originale, con molta cura e proprietà di linguaggio, per modo che chi ricorra ad essa poco o punto s' accorge d'aver a fare con un'opera scritta originariamente in altra lingua. Aggiunte non vi sono al testo tedesco: il traduttore ha però opportunamente integrato le note, riproducendo per intero i testi là dove essi nell'originale sono soltanto citati. [R. DE R.]

Roma - Forzani e C. tipografi del Senato.

TEORIE NUOVE E TEORIE VECCHIE

INTORNO ALLA

"LITIS CONTESTATIO" [1]

I.

Dopo che il Wlassak ebbe col suo celebre scritto sulla *litis contestatio* nel processo formulare rinnovato, ricostruendole su più solide basi, le antiche dottrine, parve che la teoria della *litis c.* avesse ricevuto un assetto definitivo e che sull'importante capitolo del processo romano null'altro vi fosse a dire.

Invece da qualche anno ha ripreso su di esso la parola più d'un romanista, o per apportare modificazioni a quella dottrina o per correggerne qualche particolare; e più di recente hanno autorevolmente interloquito sulla materia - per dir degli ultimi - il Collinet, *La nature originelle de la litis contestatio* (*Nouv. rev. hist.* XXVI, 1902, p. 529-553); il Lenel, *Zur Form der klassischen Litiskontestation* (*Zeitschr. der Sav.-Stift.* XXIV, 1903, p. 329-343); lo Schott, *Das Gewähren des Rechtsschutzes im röm. Zivilprozess* 1903 e *Röm. Zivilprozess und moderne Prozesswissenschaft* 1904; l'Hölder, *Die Litiskontestation des Formularprozesses,* Dekanatsprogramm 1903 (che non ho potuto vedere, ma che è stato rielaborato con qualche modificazione e con un maggiore sviluppo nello scritto seguente) e *Die Litiskontestation des Formularpr.* (*Zeitschr. der Sav.-Stift.* XXIV, p. 197-237); il Bekker, *Streitfragen aus dem Aktionenprozessrecht* (*Sav.-Stift.* XXIV, p. 344-374)

Le idee esposte da codesti scrittori vertono su punti diversi e più o meno capitali della dottrina; e la disparità di opinioni ha pro-

[1] A proposito dell'opera di SIEGMUND SCHLOSSMANN, *Litis Contestatio.* Studien zum römischen Zivilprozess. Leipzig, A. Deichert, 1905, in-8, pag. IV-210.

vocato anche qualche discussione un po' aspra, come l'ultima polemica accesasi tra lo Schott e il Bekker, che può trovarsi riassunta nel secondo dei due scritti dello Schott testè ricordati. Tuttavia la dottrina del Wlassak poteva dirsi, nelle sue linee generali almeno, rispettata, nonostante le divergenze manifestatesi sui singoli punti di essa.

La nuova teoria di cui intendo dar qui conto è al contrario - o almeno si sforza di essere - una profonda e radicale rinnovazione di tutte le precedenti. Autore ne è lo Schlossmann, uno scrittore innegabilmente originale e di polso, la cui produzione nel campo romanistico, abbondantissima, è stata - per la speciale tendenza ch'egli ha ad affrontare i problemi più complessi e più dibattuti con criteri d'indipendenza e di originalità - cosiffatta da sollevare spesso discussioni e critiche anche vivaci. È una particolare predilezione di lui infatti, derivante forse da peculiare atteggiamento del suo carattere di studioso e di scrittore, il rivolgere le proprie indagini a quelle questioni della scienza romanistica che o sono più ardue a risolvere dal punto di vista dogmatico o più oscure per la scarsezza o la incertezza delle notizie storiche. In queste indagini spesso è a lui accaduto d'imbattersi in teorie, le quali erano state universalmente accolte e ritenute, quanto meno allo stato delle fonti, definitive; egli le ha sempre, quando una nuova teoria gli sembrasse migliore, liberamente e strenuamente impugnate, combattendole.

Se sempre siagli riuscito di coglier nel segno, se le teorie o i concetti nuovi da lui sostituiti a quelli che con una fiera, assidua critica egli ha tentato di distruggere, siensi poi riconosciuti esatti e meglio rispondenti alla verità storica o dogmatica, non è qui il luogo di indagare. Certo è che il nuovo lavoro sulla *litis contestatio* è improntato alla stessa tendenza, dacchè anch'esso mira a distruggere nel campo di questo istituto le teorie che hanno sin qui trionfato.

II.

Le due teorie, sulle quali la dottrina romanistica della *litis contestatio* si asside e dalle quali lo Schlossmann prende le mosse per la sua ricostruzione, sono quelle ben note del Keller e del Wlassak. Per ambedue la *litis c.* cade alla fine del procedimento *in iure,* di

cui rappresenterebbe l'ultimo momento prima del passaggio al procedimento *in iudicio*. Senonchè mentre pel Keller essa non è, nel processo formulare, che un momento ideale di separazione tra i due stadi del processo, pel Wlassak la *litis c* è un atto formale e reale, consistente al tempo delle *legis actiones* nella invocazione dei testimoni chiamati a testificare dinanzi al *iudex* quanto si è svolto sin lì dinanzi al magistrato; al che poi ebbe a sostituirsi, nel processo formulare, la formula scritta dal magistrato e rimessa al giudice.

Nè l'una, nè l'altra teoria lo Schlossmann accetta. A confutare quella del Keller gli bastano poche considerazioni: poichè le espressioni '*litem contestari*', '*rem in iudicium deducere*', '*iudicium dictare, suscipere, accipere*' ed altre consimili denotano una attività o dell'attore o del convenuto o di ambedue le parti, il negare un contenuto concreto alla *litis c.* è contrario alla stessa terminologia delle fonti; mentre è d'altro canto insostenibile che il '*litem contestari*' potesse designare nel processo formulare tutto intero il procedimento *in iure*, poichè ciò sarebbe in contraddizione con quel che i testi dicono, poter cioè il pretore in determinate circostanze obbligare il convenuto ad '*accipere iudicium*', non potendosi, come è noto, intendere l'*accipere iudicium*' per la comparizione *in iure*.

Più larga confutazione gli occorre invece per quanto concerne la dottrina del Wlassak. Secondo quest'ultimo il pretore al termine del procedimento *in iure* consegnava all'attore la formula scritta con la nomina del giudice, e l'attore poteva al convenuto o rimetterne una copia (*in libello complecti et dare*), o dettargliene il testo (*dictare*) ovvero indicargliela sull'albo dal quale il convenuto stesso potesse trarne la copia (*copiam describendi facere*). Di questi tre sistemi è noto come il Lenel (*Zeitschr. der Sav.-Stift.* XV, 1894, p. 374 segg.; ma ora non più - v. più innanzi) abbia dimostrato doversi ritenere applicato soltanto e sempre il secondo, cioè quello pel quale il convenuto avrebbe scritto sotto dettato dell'attore la formula, su cui dovevasi poi procedere *in iudicio*. Comunque, ciò sarebbe avvenuto nello stadio *in iure*, che con quest'atto, nel quale appunto consiste la *litis c.*, era definitivamente chiuso.

Lo Schlossmann impugna tutto ciò e si domanda dove se ne stesse il giudice, che dal pretore veniva nella formula nominato, come facesse l'attore per rintracciarlo e per notificargli l'ordine dato dal pretore di

giudicare sulla controversia, quali mezzi egli avesse per condurgli dinanzi il convenuto, se è certo che alla fine del procedimento *in iure* non avrebbe potuto ricorrere al *vadimonium*: e da queste domande, ch'egli crede dover necessariamente restare senza risposta, vien per lui la conseguenza che tutta quella costruzione è senza fondamento. Ma per bene intendere lo svolgimento delle argomentazioni addotte in contrario, è utile incominciare dalla fine del libro e dire quali sono le conclusioni cui esso giunge.

Per lo Schlossmann la formula scritta, su cui si basa tutta la dottrina comune, non esiste: non solo egli è d'avviso che l'esistenza di essa non sia punto stata dimostrata, ma ritiene fermamente che essa non sia di fatto mai esistita. Lo svolgimento della procedura sarebbe stato invece il seguente.

Il processo *in iure* si chiudeva con la comunicazione, fatta oralmente dal magistrato stesso, della formula fissata e concordata col concorso delle parti. Forse nello stesso termine, e più verosimilmente in un termine posteriore, avveniva la nomina del giudice che era scelto tra i cittadini presenti al processo e abilitati alle funzioni di giudice: il suo nome era chiamato ad alta voce dal pretore o dal suo *praeco* e a lui personalmente veniva dal pretore stesso comunicata la formula coll'ordine di giudicare. Alla comunicazione della formula e alla nomina del giudice seguiva immediatamente, nello stesso giorno, il processo *in iudicio*. Il quale si apriva con un atto formale compiuto oralmente dalle parti dinanzi al *iudex*, vale a dire il '*dictare et accipere iudicium*': l'attore pronunziava lentamente la formula, adoperando probabilmente il discorso diretto col nominar se stesso in prima persona, ed in seconda persona il convenuto; questi la ripeteva nello stesso modo, invertendo il discorso che rimaneva però sempre nella forma diretta, mentre l'ordine di condanna era da ambedue pronunziato in terza persona Immediatamente prima o dopo l'inizio del processo *in iudicio*, o forse anche contemporaneamente al '*dictare*' e all'*accipere iudicium*', ciascuna delle due parti richiedeva ai testimoni presenti, che avevano del resto già presenziato il processo *in iure*, di assisterla nel nuovo stadio. Quindi il processo veniva normalmente rinviato, fissandosi d'accordo un termine per la prosecuzione previa prestazione delle solite cauzioni. E al proseguimento ricomparivano i testimoni, restando presenti sino alla fine del giudizio.

Ora la *litis c.* sarebbe appunto quella invocazione di testimoni, che anche nel processo formulare non mancava mai, e pertanto cadrebbe non già alla fine dello stadio *in iure*, ma al principio di quello *in iudicio*.

Con ciò lo Schlossmann non tenta solamente di rimettere in vita una opinione che già altri aveva sostenuto e che aveva dovuto cedere all'altra, divenuta poi universale, secondo cui la *litis c.* è l'ultimo atto del processo avanti al magistrato; ma arditamente attacca tutta la dottrina formatasi intorno al processo *per formulas* negandone quello che ne costituisce il cardine, ossia la scrittura della formula. Per giungere ad un siffatto risultato, poichè testi nuovi che autorizzino senz'altro una tale conclusione non vi sono, egli è costretto a rivolgere la sua critica ai testi già noti e in particolar modo a sottoporre all'analisi i termini '*dictare*', '*accipere*', '*concepta verba*', '*iudicium coeptum*', '*iudicium acceptum*' e così via, per dimostrare come nessuno di questi contenga in sè l'idea d'un atto processuale scritto, ma anzi tutti la escludano. Cosicchè la parte sostanziale del lavoro s'impernia sulla terminologia processuale, che come vedremo assume, sotto l'analisi prevalentemente filologica dell'autore, significati e valori tutt'affatto contrari o diversi da quelli che sin qui le avevamo attribuito.

Gli attacchi alla teoria del Wlassak si concentrano adunque tutti sulla questione della scrittura della formula: un punto - dice lo Schlossmann - che e lo stesso autore della teoria e l'universalità degli scrittori hanno considerato sempre come un assioma esimendosi dal fornirne qualsiasi dimostrazione, e intorno al quale la prova del contrario risulterebbe, a suo avviso, sia dalla più retta interpretazione della terminologia processuale, sia da considerazioni generali sullo svolgimento del processo.

E si rivolgono poi agli altri punti della dottrina comune, vale a dire alla questione del momento in cui la *litis c.* avviene, al contenuto proprio della *litis c.*, e da ultimo alla teoria del contratto processuale

Io esporrò le idee e gli argomenti dell'autore: farò poi seguire qualche osservazione sul valore di essi, conservando l'ordine ch'egli ha dato alla sua dimostrazione; ma più che dalle osservazioni contrarie,

la inaccettabilità della nuova teoria risulterà manifesta dalla esposizione stessa degli argomenti che dovrebbero sostenerla.

III.

Contro la scrittura della formula starebbero innanzi tutto ragioni fondate sulle difficoltà pratiche che dovevansi incontrare nell'amministrazione della giustizia, dato che la formula dovesse dal convenuto copiarsi in presenza del magistrato: l'ignoranza delle lettere nei più, la imperizia negli altri, il tempo che il pretore avrebbe dovuto perdere per assistere a tali esercitazioni di scrittura, dovevano rappresentare altrettante difficoltà che necessariamente conducono a conchiudere, *a priori,* per la illogicità della dottrina comune (p. 25-26).

Concorrenti con tali ragioni d'indole generale, e ancor più stringenti, sarebbero quelle che si traggono dalla interpretazione dei testi e da una più retta valutazione della terminologia processuale.

È noto che secondo il Wlassak, consistendo il '*litem contestari*' nella consegna della formula scritta da parte dell'attore al convenuto e il termine correlativo di '*iudicium accipere*' nel ricevere della formula stessa da parte del convenuto, l'espressione di '*litem contestari*' corrisponde all'altra di '*edere actionem*'. Ora lo Schlossmann sostiene da un canto che lo scrivere sotto dettato non si esprime con la parola '*accipere*' ma piuttosto con '*excipere*', dall'altra che il significato di '*edere actionem*' nel senso di consegna della formula processuale sarebbe, secondo la terminologia, il meno comune di fronte a quelli normali di presentazione di documenti e di indicazione del *genus actionis*, la quale ultima cosa doveva avvenir certamente prima o all'inizio del procedimento *in iure*, cosicchè l'*edere* non può riferirsi al momento della *litis contestatio.*

Nè vale per lui come argomento quello che può trarsi dalla parola *praescriptio*, perocchè se Gaio afferma che le *praescriptiones* son dette così dall'essere scritte *ante formulas,* ciò devesi intendere *pel caso* in cui la formula veniva scritta, il che poteva mancare data la non obbligatorietà della scrittura. Invece la completa assenza di qualsiasi accenno all'elemento della scrittura in tutta la terminologia relativa alle formule e al processo formulare è indizio sicuro per non

ammetterne la esistenza legale, la quale deve essere esclusa anche dal fatto che niun accenno se ne trova in Gaio là dove egli parla della riforma del processo e del passaggio dal sistema delle *legis actiones* a quello delle formule, mentre su un punto tanto importante egli non avrebbe taciuto.

Qual'è dunque il significato di '*dictare*' e di '*accipere iudicium*', se dall'elemento della scrittura si deve prescindere? Lo Schlossmann si rifà, per stabilirlo, al linguaggio sacrale (p. 39 sgg.): quivi egli trova largamente applicato l'uso di pronunciare delle parole o delle frasi solenni e sacramentali che altri deve poi ripetere esattamente, e ciò viene espresso per la pronuncia dell'uno col termine '*praeire verbis*' o '*verba*' o semplicemente '*praeire*', talvolta anche col verbo '*dictare*', per la ripetizione dell'altro coi composti '*concipere*', '*suscipere*', '*accipere*' (più raramente '*excipere*' o '*recipere*'), come risulta da numerosi esempi tratti dalle fonti letterarie. Dalle quali risulterebbe anche che per alcuni di questi composti ('*concipere*' e '*suscipere*') invalse l'uso di adoperarli in guisa da rendere oggetto del verbo quello che era propriamente l'oggetto delle parole sacramentali (da '*votum concipere*', '*sollemnia verba iurisiurandi concipere*' a '*sacrificium, foedus concipere*', e così via). Di qui passarono nel linguaggio giuridico i termini '*dictare*' e '*accipere*' o '*suscipere*' applicati alla formula processuale, col significato appunto di *pronunzia* fatta dall'attore prima, dal convenuto poi. Cosicchè i '*concepta verba*' di Gaio IV, 30 ('effectumque est ut per concepta verba id est per formulas litigemus') non possono significare, come s'è ritenuto, semplicemente 'parole determinate', 'parole certe e solenni', chè se così fosse non s'intenderebbe in che cosa Gaio faccia consistere il contrapposto tra il processo *per legis actiones* e quello formulare; ma devono necessariamente significare, come nel linguaggio sacro, 'parole pronunziate' ('vor-und nachgesprochene Worte'). E ciò costituirebbe il contrapposto tra i due sistemi processuali, dovendosi ritenere che nel periodo delle *legis actiones* (mancandone qualsiasi accenno nelle fonti) non si avesse una pronunzia di parole o frasi da parte dell'attore, che dovessero ripetersi dal convenuto. Quanto alla parola '*iudicium*' poi, che nelle frasi surricordate equivale a '*formula*', e che secondo il Wlassak nella frase '*post iudicium coeptum*' designerebbe invece l'intero processo cioè il complesso

dei due stadi *in iure* e *in iudicio*, ritiene lo Schlossmann che debbasi anche in codesta frase mantenerle il significato di formula; per modo che se in '*iudicium coeptum*' devesi vedere l'atto della *litis c.* e se l'atto del '*iudicium coeptum*' non può che riferirsi allo stadio *in iudicio*, è necessità conchiudere che la *litis c.* avviene appunto in questo e non nello stadio *in iure*.

✞

Posto pertanto in sodo che la *litis c.* consiste nella pronuncia della formula da parte dell'attore e nella ripetizione orale di essa da parte del convenuto, valgono come argomenti per fissare nel secondo e non nel primo stadio processuale il momento in cui essa si compie, oltre l'accennata illogicità che verrebbe dal parlarsi di un *iudicium coeptum* senza giudice: 1) alcuni testi in cui si dice del *iudicium* che *accipitur sub iudice* o *apud iudicem* (Gaio IV, 103, 109); 2) un fr di Paolo (24 § 3 D. 40, 12) da cui risulterebbe che il giudizio da rinviarsi ('sed sustinendum iudicium') è un giudizio già iniziato, cioè a dire già entrato nel secondo stadio e in tale stadio entrato con la *litis c.*; 3) il significato della *exceptio rei in iudicium deductae*, per la quale, dovendosi intendere 'iudicium' = 'procedimento in iudicio' e la eccezione fondata sul fatto che già la *litis c.* s'è formata sulla medesima azione, tale *litis c.* non può considerarsi avvenuta che nel processo *in iudicio*; 4) i testi in cui è promiscuamente alla *litis c.* (l. 4 D. 9. 3; l. 18 § 3 D. 13. 5) o al *iudicium* (l. 39 § 15 D. 26. 7; l. 52 § 3 D. 46 1) negata l'efficacia, nelle obbligazioni solidali in cui siasi proceduto contro uno solo dei debitori, di consumare l'azione, perchè se *iudicium* non è uguale a *litis c.* e d'altra parte l'effetto della consumazione processuale deriva dalla *litis c.*, deve ammettersi che questa abbia avuto luogo *in iudicio*; 5) e finalmente il confronto tra la procedura formulare e quella della *extraordinaria cognitio* dal quale - sulla base delle ll. 14 § 4 C. 3. 1 e 2 pr. C. 2, 58 [59]: 'cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam', 'post narrationem propositam et responsionem' - sarebbe dimostrato che la *litis c.* in quest'ultimo sistema processuale cadeva in un momento corrispondente al principio dello stadio *in iudicio* nel processo *per formulas* (p. 82-92).

Codesto verificarsi della *litis c* all'inizio del procedimento *in iudicio* andrebbe pienamente d'accordo con l'altro fatto, pur affermato dallo Schlossmann, che cioè il giudice doveva esser presente al momento della sua nomina, cioè a dire al momento finale del procedimento *in iure*, che pertanto sarebbe stato seguìto subito, senza interruzione, dall'inizio del *iudicium*.

Gli argomenti addotti a sostegno di tale affermazione sono tutti negativi e discendono, come ho già accennato, dalla difficoltà che i litiganti dovevano sormontare per incontrarsi col giudice nominato dal pretore, anche perchè egli avrebbe potuto rifiutarsi di accettare ed eseguire subito l'incarico, avrebbe potuto non trovarsi più incluso nelle liste dei cittadini abilitati alla funzione di giudice, ovvero avere motivi di escusazione non noti al magistrato nel momento della nomina: e le difficoltà dovevano moltiplicarsi e diventare talvolta insormontabili quando il giudice non era unico, ma un collegio di tre, di cinque, di undici recuperatori. Solo ammettendo la presenza del giudice all'atto della sua nomina si intendono appieno - dice lo Schlossmann - quei testi nei quali si fa cenno di motivi speciali che impongono il rinvio del processo dopo che è avvenuta la *contestatio litis* (il caso del *legatus* che deve lasciar Roma, quello del coltivatore al tempo del raccolto: l 28 D. 5. 1, l. 16 D. 1. 18, l. 1 D. 2, 12), poichè l'utilità del rinvio svanirebbe se esaurito il procedimento *in iure* la parte, a cui favore il rinvio è disposto, fosse costretta a presentarsi al *iudex* per compiere innanzi a lui la *c. litis*, e perciò a perdere eventualmente tanto tempo, da rendere frustranee quelle disposizioni di favore. E la conferma è data, a suo avviso, dal fr. 25 § 8 D. 21. 1 di Ulpiano: 'iudici enim statim atque iudex factus est omnium rerum officium incumbit, quaecumque in iudicio versantur', perchè se tra la nomina e l'inizio del *iudicium* dovesse correre un intervallo di tempo, di quanto accadeva in questo periodo nè il giudice nè il magistrato avrebbero potuto tener conto; nonchè dal passo ciceroniano (*in Verrem* III, 22, 55): 'Ille tum, etsi recuperatores de cohorte latronum sibi parari videbat, tamen iudicium se accepturum esse dicebat, dove il *videbat* è da intendersi nel suo proprio significato materiale, dappoichè il convenuto per *vedere* la 'cohors latronum' in cui erano scelti i 'recuperatores' doveva averla innanzi agli occhi. Invece è interpolato il testo di Papiniano 39 pr. D. 5, 1 nella chiusa: 'neque enim in addi-

cendo praesentia vel scientia iudicis necessaria est'. Il motivo pel quale la sentenza profferita dal giudice *furiosus* è ciò nonostante valida, risiede nel successivo rinsavire di lui, col che non ha rapporto diretto la conoscenza o meno che il magistrato avesse, per l'assenza del giudice al momento della nomina, della insanità mentale che lo colpiva; mentre d'altro canto il trovarsi nel diritto giustinianeo affermato il principio della non necessità della presenza del giudice all'atto della nomina si accorda con le norme del processo postclassico, in cui neppure più le parti hanno necessità di comparire avanti al magistrato (p. 92-101, 103-106).

Da ultimo e l'obbligo del giudice di prestar giuramento al magistrato (obbligo che lo Schlossmann ammette anche nei giudizi civili) e l'assegnazione che il pretore fa del termine entro cui il giudice deve definir la causa (assegnazione che nella formula non trovava posto), debbono costringere a pensare che l'una cosa e l'altra avvenisse oralmente e nel momento stesso in cui il pretore procedeva alla nomina (p. 101-102).

✠

Così lo Schlossmann perviene a quello che è il punto culminante della sua tesi, il nocciolo del suo lavoro: la ricerca di quel che è e rappresenta nel processo la *litis contestatio*.

Per istituir questa indagine egli presuppone siccome affatto ignoto il contenuto della *litis contestatio*; e poichè ad un determinato atto del processo sono ricollegati molteplici e svariati effetti, che si ripercuotono direttamente sul rapporto giuridico dedotto in giudizio, egli chiama quello l'' atto *x*' proponendosi di ricercare in qual rapporto esso sia con ciò che nelle fonti ha il nome di *litis c.*

Posto in tal guisa il problema, e ritenuto che il '*li em contestari*' sia per le attestazioni di Festo, sia pel significato stesso della parola vale 'invocazione di testimoni', lo Schlossmann si domanda *a chi* tale invocazione fosse rivolta, e *a quale scopo* servisse.

Anche qui l'opinione di lui si distacca completamente dalla teoria comune. Egli ritiene infatti che il 'testes estote' non fosse diretto genericamente ai presenti, ma a determinate persone che le parti dovevano aver condotto a questo scopo in giudizio, a persone cioè scelte

appositamente per l'ufficio di testi; e l'ufficio non esser già quello di testimoniare su quanto si fosse sin lì svolto ovvero su quanto avrebbe dovuto svolgersi dopo la invocazione, ma piuttosto quello di prestare assistenza, sorvegliando ogni atto della parte avversaria per sorprenderne le eventuali infrazioni delle regole procedurali, per fornire consigli, per venire in aiuto della parte che li ha invocati nella lotta giudiziaria che sta per impegnarsi: in altri termini non dei testimoni, ma - come in un duello - dei padrini, scelti tra gli esperti della vita giudiziaria.

Questa invocazione, che avveniva poco prima o poco dopo che il *iudicium* era stato *dictatum et acceptum,* non ha però nulla che vedere col *dictare et accipere*, potendo essa anche mancare. Sono adunque due atti indipendenti l'uno dall'altro, sebbene per la contemporaneità o quasi con cui si svolgono, strettamente connessi. A quale pertanto di essi devono ricollegarsi gli effetti processuali, che le fonti soglion dire prodotti dalla *litis c.*? Non alla invocazione dei testimoni, perchè dato il contenuto e lo scopo che essa ha, non si può attribuirle una siffatta efficacia. Dunque al *dictare et accipere*, cioè a dire a quello che rappresenta il primo atto del procedimento *in iudicio.* Ma poichè questo atto è contemporaneo alla invocazione dei testi, è passato nel linguaggio giuridico romano l'uso di ricondurre quegli effetti alla *litis c.*, quale termine più semplice e più spedito per designare il momento in cui si ha il *iudicium dictatum et acceptum*, ossia l'inizio del secondo stadio del processo.

In qual forma avvenisse cotesto *dictare et accipere* s'è già accennato innanzi. La formula, appunto perchè pronunziata dall'attore e ripetuta di rimando dal convenuto, non poteva essere concepita in terza persona, così come si ritiene per la formula scritta: doveva certo l'attore esprimersi in prima persona parlando di se medesimo ed in seconda rivolgendosi al convenuto; e passata a quest'ultimo, invertirsi la costruzione, rimanendo sempre in terza persona l'ordine rivolto al giudice Gli schemi di formule conservate nei testi e redatti con costruzione in cui attore e convenuto figurano sempre in terza persona – è il pretore che prospetta al giudice la questione insorta tra i due litiganti - si spiegano pensando appunto che si tratta di schermi, di tipi astratti, non già di formule concrete che sieno state effettivamente pronunciate in un determinato giudizio e come

tali riprodotte. Nè contro siffatta congettura per la quale la formula subiva modificazioni nella pronuncia che ne facevan le parti, crede lo Schlossmann sia serio l'obbiettare che in tal guisa si distrugge la testimonianza di Gaio esser le formule '*concepta verba*'. Il '*concipere*', così come l'*excipere*', il '*suscipere*' ed il '*recipere*', non significa già (salvo nel linguaggio sacro) ripetere sillaba per sillaba, ma piuttosto rispondere congruamente, fornire una risposta conforme, e la conformità non impedisce un lieve mutamento, di pura forma, qual'è il cambiamento di persona nella formula processuale.

Scopo del '*dictare et accipere*' era però soltanto quello di accertarsi tra i due contendenti quale fosse la formula su cui il processo era ormai impegnato; la ripetizione di essa cioè da parte del convenuto non aveva altro fine che quello di riconoscimento della formula agli effetti di togliere ogni possibilità di contestazione per pretesi equivoci in cui egli si dicesse poi caduto: in altri termini il '*dictare et accipere*' non aveva, come si esprime lo Schlossmann (p 163), significato 'costitutivo', ma semplicemente 'dichiarativo'. Con ciò, cade per lui tutta la teoria del contratto giudiziario tanto nel senso in cui la sostenne il Wlassak, quanto in quello in cui la difendono il Lenel e lo Schott. Di contratto non può parlarsi, perchè ne mancano gli elementi esterni ed interni: manca cioè la volontà di contrattare, in quanto il ripetersi dall'attore e dal convenuto una medesima formula, in cui nè l'uno nè l'altro si obbligano a fare o a dare alcunchè, non puó ricondursi ad una volontà di obbligarsi; manca il contenuto, poichè quella 'obbligazione processuale condizionata', che secondo la teoria del contratto processuale subentrerebbe al posto del rapporto giuridico, non esiste, ma si riduce ad una formula dottrinale e scolastica priva di contenuto positivo. L'argomento fondamentale che lo Schlossmann svolge per dimostrare la inattendibilità della teoria del contratto processuale, si basa sul confronto delle diverse posizioni in cui si trovano le parti in un contratto e in un processo. La volontà che si manifesta nel contratto non può, a suo giudizio, menomamente equipararsi a quella che accompagna i vari atti del processo e precipuamente l'atto del *dictare et accipere iudicium*: la volontà dei contraenti è sempre libera, quella dei litiganti non lo è. Se quindi il contratto processuale consiste nell'accordo che le parti formano di sottoporre al giudizio del terzo la

soluzione della controversia, non s'intende come il giudicato avrebbe poi potuto diventare legge per esse, dal momento che ciascuna avrebbe dovuto aver la facoltà di recedere dall'accordo. Sta invece in fatto che i litiganti - e principalmente ciò deve dirsi del convenuto – non potevano di loro arbitrio, dal momento della contestazione della lite, scegliere la posizione che lor più aggradisse, sottoporsi al giudizio o sottrarsene a loro piacimento: gli effetti della *litis c.* li colpivano inesorabilmente con tutte le gravi conseguenze che ad essa si riconnettono. Vi ha dunque, conchiude lo Schlossmann, una contraddizione manifesta nella teoria del Lenel tra la libertà di contrattare e la necessità che costringe il convenuto ad accettare il giudizio: una contraddizione che non si toglie se non rinunciando alla teoria del contratto processuale.

Nè regge la prova data dal Lenel col testo ciceroniano (*in Verrem* III, 22, 25) ove trattasi del processo di Senone: 'Ille tametsi recuperatores de cohorte latronum sibi parari videbat, tamen iudicium se accepturum esse dicebat', perchè il 'se accepturum' adombra solo in apparenza una certa libertà del convenuto di accettare il giudizio: la libertà deve dirsi mancante affatto, se si pensi alle gravi conseguenze - la *missio in bona* sopratutto - cui si sarebbe esposto Senone se avesse rifiutato di accettare il giudizio. Forse maggior fondamento potrebbe avere il testo ulpianeo invocato dallo Schott:

> l. 9 § 3 D. 4. 3. *Ulp. l. 11 ad ed.* Labeo libro trigensimo septimo (octavo? Len.) posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendant Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos deiudicetur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta condicione depositionis, de dolo adversus Titium agendum'.

E tuttavia anche questo gli sembra non provar nulla, perchè il rifiuto da Tizio opposto unicamente per malanimo porta la conseguenza che contro lui si concede un'azione di dolo, il che val quanto dire che la minaccia d'una sì grave azione lo costringe ad accettare il giudizio.

D'altro canto anche sotto un altro rispetto la teoria del contratto si presenta inattendibile, se su di essa si vogliono fondare i principii

della consumazione della lite e trovar modo di dar ragione altresì della nota regola, per la quale l'effetto estintivo della *litis c.* si produce *ipso iure* nei *iudicia legitima*, soltanto *ope exceptionis* nei *iudicia quae imperio continentur*. La cagione della diversità di trattamento che il diritto processuale romano fa a codesta duplice serie di giudizi starebbe invece nella origine che deve assegnarsi alle norma: 'ante litis contestationem dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere'. Perocchè questa fu tratta, per opera dall'antica giurisprudenza, dall'antico precetto 'bis de eadem re ne sit actio', che fu dettato da una legge (la lex Calpurnia? la lex Silia?) e riferivasi in origine unicamente ad un *dare oportere* e ad azioni per debito. La limitazione quindi della consumazione *ipso iure* nei *iudicia quae imperio continentur* trova la sua ragione nel fatto che codesti giudizi nelle provincie non erano soggetti alle *leges* romane, cosicchè di quella norma non potevasi ad essi fare applicazione. E così si spiegherebbe parimenti come, data la natura delle azioni cui la legge riferivasi, la consumazione *ipso iure* non potesse da principio verificarsi anche nelle *actiones in rem*, alle quali dovè più tardi provvedere il pretore col mezzo della *exceptio*; e come riferendosi la legge – e con essa la regola derivatane – alle *actiones*, la consumazione *ipso iure* rimanesse esclusa nelle *actiones in factum conceptae*, poichè queste non potevano originariamente dirsi comprese nelle *actiones*.

IV.

La novità più saliente di tutta codesta costruzione è – come vedesi – la negazione della esistenza della formula scritta. E contro questa novità io credo si debba insorgere, con tanto maggior fondamento ritenendo la esattezza della teoria comune, quanto più deboli e più arbitrari sono gli argomenti addotti in sostegno di quella contraria.

Innanzi tutto non pare che alle obbiezioni fondate su pretese difficoltà pratiche, cui la scrittura della formula avrebbe dato luogo, si debba assegnare gran peso. Perchè non avrebbero potuto degli scrivani far quanto gli analfabeti o i malpratici non sapevano? Lo Schlossmann risponde che trattandosi di un atto formale per eccellenza, que-

sto non avrebbe potuto validamente compiersi che di persona dalle parti stesse. Senonchè lo scriversi da altri in nome e vece della parte non significa già che l'atto non sia per ciò compiuto di persona. Il testamento, il contratto non dovevano anch'essi essere compiuti di persona dal testatore, dai contraenti? Eppure, quanti non se ne ritrovano oggi, tra i papiri - e parlo, beninteso, di quelli in cui le parti sono cittadini romani e dichiarano di agire secondo la legge romana - compilati *formalmente* come se il testatore o i contraenti ne avessero eseguito la redazione, ma tuttavia materialmente scritti da un terzo, uno scrivano di professione che attesta della imperizia di colui che dispone o contratta!

E dov'è detto poi che tale scrittura dovesse, comunque, esser compiuta di persona dalle parti? L'esser la *litis c.* atto eminentemente formale non induce la conseguenza che la formula non potesse scriversi da altri, fosse questa scrittura eseguita per conto del convenuto se il dettare la formula era l'unico sistema per la trasmissione di essa, ovvero per conto dell'attore se deve ammettersi anche l'altro sistema della copia redatta e consegnata da quest'ultimo al convenuto. E d'altronde siffatto argomento dell'imperizia nell'arte dello scrivere perde qualsiasi importanza per concessione dello stesso Schlossmann, il quale nel fissare i termini delle sue indagini avverte che, impugnando l'esistenza d'una formula scritta, egli non nega che siasi talora usato, sopratutto nei processi più complicati, di ricorrere alla scrittura, intendendo soltanto di negare la 'necessità giuridica della redazione scritta della formula' (p. 28); perocchè, se ciò si ammette per le formule più complesse, nulla costringe ad escluderlo, aprioristicamente, per quelle più semplici.

Similmente del tempo mi sembra che lo Schlossmann si preoccupi forse un po' troppo, dacchè troppo alla lettera egli applica le conseguenze della teoria comune. Occorre non dimenticare che la pratica suol sempre introdurre modificazioni e temperamenti ai precetti di legge, e che alle più gravose formalità legali si suole facilmente nell'uso quotidiano ovviare con semplificazioni, che l'uso stesso suggerisce o impone. Perchè, ad esempio, non avrebbero potuto le parti compiere quella formalità della trascrizione della formula dinanzi agli officiali del pretore, nella cancelleria del magistrato, fermo il principio che l'atto avesse a compiersi in presenza del magistrato?

Ancor oggi - mi sia lecito invocare un confronto con la vita giudiziaria moderna, cui non disdegna di ricorrere lo stesso Schlossmann, e a cui si può talora far richiamo efficacemente senza andare incontro ai pericoli, che bene a ragione il Bekker pur di recente additava a chi abusi di siffatti parallelismi - ancor oggi una serie di numerosi atti di procedura, strettamente connessi al processo o appena iniziato o già in corso di svolgimento, non si compiono dinanzi agli offici e nelle cancellerie dei tribunali e delle corti, che pur secondo il concetto delle leggi processuali dovrebbero compiersi alla presenza del magistrato? Ciò accade appunto allo scopo di non intralciare l'opera di lui con soverchie e lunghe formalità, e nulla impedisce di pensare che qualcosa di simile si praticasse nella vita giudiziaria romana.

Ma hanno forse miglior fondamento le argomentazioni tratte dalla terminologia? La nuova interpretazione data alla frase '*concepta verba*' nel passo gaiano mi sembra affatto arbitraria. Si è certo tutti d'accordo che '*concipere*' non abbia mai avuto il significato di 'scrivere', nè io saprei in verità contro quale dei seguaci della dottrina comune lanci lo Schlossmann un argomento così perentorio (p 68). Ma sembrami anche che tutti si debba essere d'accordo nel ritenere, che il significato naturale della parola non sia quello di 'pronunciare', anzi di 'pronunciare e ripetere' ('vor- und nachsprechen'), come vuole lo Schlossmann, anche se in qualche caso essa ne assuma, per altri elementi che vi concorrano, uno siffatto. Lo scrittore stesso avverte quanto sia ardita la sua affermazione, non dissimulandosi che contro la singolare spiegazione di quel termine potrebbero addursi - a voler rimanere nel campo delle fonti giuridiche - numerosissimi testi che contengono le frasi '*concipere verba*', '*verbis conceptis*', '*verborum conceptio*', ed in cui tali espressioni sono usate nel senso sin qui da tutti inteso (cfr. i fr. richiamati a pag. 75-76). E tenta di darne una spiegazione: la parola '*concipere*' o '*conceptio*' - dice lo Schlossmann - è in tutti questi passi senza accento, senza tono, è in altri termini una espressione incolore, poichè si tratta di 'parole determinate' che potrebbero essere state, indifferentemente, scritte o pronunciate, senza che ciò abbia alcun peso sul significato generale dei frammenti. Ma il tentativo deve dirsi mancato affatto, perocchè chi aspettasse di veder contrapporre a tanti luoghi delle fonti giuridiche un altro luogo delle stesse fonti, dal quale scaturisca una prova

purchessia dell'asserto contrario, è costretto a disingannarsi. Tutta l'argomentazione si accentra dunque unicamente sul passo gaiano: 'ut per concepta verba, id est per formulas litigemus' che per se stesso è, quanto meno, incolore; e su questa base la dimostrazione procede esclusivamente con elementi negativi.

Su un altro punto invece le deduzioni dello Schlossmann si presentano più serie, su quello cioè che concerne il termine '*dictare*'. Che questa espressione non debbasi intendere - come sin qui s'è fatto - nel vero significato di dettare, è duopo convenire, sia pei numerosi testi non giuridici che le assegnano il semplice significato di 'pronunciare' (Prisciano 18, 210: '*Romani verbis praeire et iurare in verba illius id est quomodo dictaret*'; Valerio Flacco, Arg. I, 685: '*dictat pia vota sacerdos*'; Giovenale VI, 391: '*dictataque verba pertulit*'; Silio Italico, Pun. X, 418: '*dictataque iurant sacramenta deis*'; Cic., de iuvent. 4, 4, 10: '*quasi dictata decantare*', ecc.; cfr. Schlossmann pag. 47, 48, 192, 193), sia per l'assenza di testi giuridici che le attribuiscano chiaramente l'altro significato, ch'era ormai divenuto tradizionale.

Già di questo avviso s'eran poco innanzi manifestati l'Hölder (*Sav.-Stift.* XXIV, p. 220) e il Lenel (ibid. p. 336), sebbene a proposito di altra questione. Se infatti si parte dall'antica congettura del Lenel (*Sav.-Stift.* XV, p. 390, sgg.) che la forma consueta della trasmissione della formula dall'attore al convenuto fosse quella del dettarla in presenza del magistrato, sorge legittima l'obbiezione mossa dall'Hölder: che valore avrà il dettarla, quando il convenuto non accetti e si rifiuti di scriverla? Il Lenel si è indotto quindi a mutare opinione, e ad ammettere che bastasse la semplice pronuncia della formula da parte dell'attore ('*iudicium dictare*'), mentre per quanto riflette il '*iudicium accipere*' da parte del convenuto conferma - e ciò in confutazione dell'Hölder - quel che aveva pur innanzi sostenuto, poter cioè l'accettazione di lui aversi anche tacitamente.

In base a questo nuovo risultato, l'interpretazione del noto fr. ulpianeo:

> 1 § 1 D. 2. 13. Edere est etiam copiam describendi facere: vel in libello complecti et dare: vel dictare. eum quoque edere Labeo ait, qui producat (perducat?) adversarium suum ad album et demonstret (iudicium?) quod dictaturus est vel id dicendo (vel indicando?), quo uti velit

posto a confronto coll'altro fr. dello stesso Ulpiano:

> 6 § 7 D. 2. 13. Edi autem est vel dictare vel tradere libellum vel codicem proferre

subisce una notevole modificazione. Fatta astrazione dalla definizione di Labeone, che non si riferisce precisamente alla formula, ma piuttosto all'azione che contro il convenuto si vuole intentare e che a lui sull'albo addita l'attore (nè questa diversità di significato dell''*edere*' dall'altro relativo alla formula e dal terzo relativo ai documenti si può impugnare, come pretende lo Schlossmann, risultando nitidissima dai testi), la *editio formulae* poteva aversi in tre modi: 1) colla consegna al convenuto, perchè questi se ne tragga la copia, della formula originale rimessa dal magistrato all'attore; 2) colla consegna di una copia già eseguita da quest'ultimo; 3) colla pronuncia orale della formula in presenza del convenuto. Cosicchè, mentre l'accettazione del giudizio si concretava nel primo e nel secondo caso con un atto esterno, con una manifestazione esplicita di volontà (scrittura della formula, accettazione della copia), nel terzo caso a codesta manifestazione di volontà suppliva il silenzio del convenuto, sempre quando egli non avesse, con una contraria dichiarazione, respinto la formula proposta.

Ma fatto questo ulteriore passo, la tesi dello Schlossmann non può dirsi davvero dimostrata. Ammettere la non necessità giuridica della scrittura della formula si può, e forse anzi si deve, purchè ciò si limiti nei rapporti del convenuto, in quanto cioè concerne la trasmissione o comunicazione della formula dall'uno all'altro dei litiganti. Ammetterla non si può punto negli altri due momenti, in cui la formula viene dal magistrato consegnata all'attore e da questo rimessa dopo la contestazione della lite al giudice

La prova positiva della esistenza della formula scritta - vale a dire, quanto meno, del suo originale che sarà poi rimesso al giudice – si ha a mio avviso (prescindendo affatto dalla prova specifica che l'Erman, *Sav.-Stift.* XVII, 1896, pag. 334, ha creduto di trovare nelle '*tabulae iudicii*' della satira oraziana) - nel fr. di Gaio IV, 141:

> Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve itur et

ibi *editis formulis* quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri iusserit

dove l' 'edere' è usato nel suo vero e proprio significato tecnico di 'produrre', 'esibire', 'rimettere'. Vero è anche che nel fr. ulpianeo esso vale altresì 'dictare': ma il significato prevalente, e per quanto s'attiene alla formula e per quanto riguarda i documenti, è pur sempre quello di 'produrre'; e in questo senso Gaio qui certamente l'adopera. Che se ciò non sembrasse sufficiente, basterebbe a convincere il considerare quanto strano sarebbe un ordine del magistrato al giudice (*iudex*, *condemna-absolve*) riferito verbalmente dalle parti, rompendo ogni legame tra colui che ha ordinato e colui che riceve l'ordine di giudicare. E ciò sia detto indipendentemente dal mutamento nella struttura della formula che, per ovviare all'inconveniente, lo Schlossmann propone, e sul quale tornerò più oltre.

Se la formula fosse scritta prima della *contestatio litis* ovvero in un momento posteriore, quando cioè esaurite ed appianate tutte le divergenze insorte tra le parti queste si sien messe finalmente d'accordo sulla redazione definitiva della formula - come inclina a ritenere il Lenel (*Sav.-Stift.* XXIV, p. 341) - io non intendo di ricercare; e lascerò anche col Lenel in disparte la questione, che allo stato delle fonti pare insolubile, se essa fosse proprio scritta dal pretore, o dai suoi officiali ed assistenti (così il Lenel, *Sav.-Stift.* XV, p. 390), ovvero dalle parti stesse Certo la redazione scritta - per la comunicazione che doveva farsene al giudice - non mancò e non poteva mancare (cfr. anche Schott, *röm. Zivilpr.* p. 47).

Ho già accennato al mutamento della formula proposto dallo Schlossmann, mutamento che consiste nella vicendevole sostituzione del pronome in prima ed in seconda persona al nome dell'attore e del convenuto, e che è diretta, anzi necessaria conseguenza del presupposto della pronunciazione della formula.

Nulla di strano, in verità, vi sarebbe ad ammetterlo. Ma anche qui, dove son le prove? Lo Schlossmann (p. 165 sgg.) mette insieme una lunga serie di testi, in cui son raccolti brani di formule, e dopo averli ordinati e classificati secondo che il discorso è ivi riferito in modo diretto o indiretto, è costretto ad ammettere che una notevole, forse la maggior parte di quei testi, non depone nè contro nè a

favore della redazione della formula in prima o rispettivamente in seconda persona. Ne trova peraltro alcuni dove ciò avviene, dove cioè, a prescindere da quelli in cui il giurista impersona in se stesso l'attore o il convenuto, l'*exceptio* opposta dal convenuto è riferita in guisa da doversi presupporre, nel caso concreto, il discorso diretto. Tale dovrebb'essere ad es. il passo del fr. 48 D. 3, 3: « tunc excipiente eo cum quo agitur 'si non mihi mandatum sit, ut a debitoribus peterem', actorem ita debere replicare 'aut si mihi mandatum est, ut a te peterem' »; del fr. 10 D. 20, 1: « dabitur enim possidenti haec exceptio: 'si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset' », e così via, in cui non si tratterebbe più dell'artificio retorico suindicato, perchè il giurista prospettando obbiettivamente il caso, passa repentinamente dalla terza alla prima persona, appena si fa a riferire il contenuto dell'*exceptio*: il che vuol dire che questa è riprodotta nella forma ch'essa realmente assumeva in pratica.

Ora la induzione è quanto mai fallace. Se l'artificio usato dai giureconsulti di figurar se stessi come attore o come convenuto, per la più facile e più concisa formulazione del caso giuridico, è riconosciuto ed innegabile di fronte a tutta intera la esposizione del caso, quale difficoltà v'è ad ammetterlo là dove occorre richiamar le deduzioni delle parti? Ch'essi abbian riferito in forma diretta o indiretta le varie dichiarazioni delle parti, nulla prova, chè lo scrittore si sarà giovato della costruzione che in ciascun caso gli sarà tornata più propizia. Ma v'ha di più. Le parti avranno certo parlato e discusso più o meno a lungo sulle singole pretese, prima che la formula ricevesse la sua definitiva redazione. Ammesso quindi che quelle proposizioni in discorso diretto riproducano deduzioni reali, effettivamente pronunciate in un processo vero e non ipotetico, esse si riferiscono certamente a quella parte del processo che per necessità si svolge *oralmente*, prima del rilascio della formula. Nulla induce a ritenere ch'esse sien parte autentica di una formula concreta, effettivamente rilasciata nel processo.

Da ultimo, poichè lo Schlossmann sente che la sua tesi può essere combattuta, tra l'altro, con l'argomento che si trae dai 'concepta verba' e avverte quindi il bisogno di tentare la dimostrazione del largo significato che il 'concipere' dovrebbe avere, sembra strano che sopratutto insista sul significato di 'recipere', studiando il *receptum*

e l'*actio recepticia*, per dimostrar come il *receptum* sia un contratto formale che non richiedeva una ripetizione *sillabica*, ma una risposta *congrua*, e per trarne invece argomento a favor del ' concipere '.

V.

Degli argomenti addotti per porre la *litis c.* all' inizio del procedimento *in iudicio*, quello della illogicità del linguaggio è in verità assai debole. Tutta la forza di tale argomentazione sta nella premessa che ' iudicium coeptum ' sia uguale a ' litis contestatio ' e questa premessa riposa a sua volta sulla affermazione che ' iudicium ' nella frase in discorso debba necessariamente aver lo stesso significato che ha in ' post iudicium acceptum '. Ora il significato di ' iudicium ' è così vario (e lo stesso Schlossmann lo riconosce: p. 40) che niun impedimento serio vi ha ad attribuirgli il significato voluto dal Wlassak e dalla teoria comune: vi ha anzi, direi, quasi una necessità ad attribuirgliene uno siffatto, dappoichè esso è precisamente quello normale e più naturale.

Nè più convincente è l'altro, tratto dai luoghi di Gaio IV, 105, 109: chi legge quei testi (' Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur ' - ' ...si ex ea causa, ex qua nobis edicto praetoris datur actio, Romae sub uno iudice inter omnes cives Romanos accipiatur iudicium, legitimum est ') *sente* che la frase ' sub uno iudice accipere ' ha tutt'altro senso che quello di indicare il momento in cui la *litis c.* si compie.

Gli altri testi invocati non depongono proprio nulla a favor della tesi sostenuta. E quanto all'ultimo argomento poi, tratto dal confronto col processo *per cognitionem*, non mi par punto serio: dimostrare che la *litis c.* avviene in un determinato momento del processo e invocare in sostegno un sistema processuale in cui la *litis c.* non è rappresentata da alcun atto determinato, quando la tesi si fonda tutta sulla esistenza di un atto formale e sulla negazione recisa del carattere ideale di essa, mi sembra una vera e propria contraddizione in termini.

La *litis c.* fa parte del procedimento *in iure*. Che se, come ammette lo Schott (*röm. Zivilpr.*, p. 50) essa può avvenire anche fuor

della presenza del magistrato, non si deve un tal momento considerare siccome posteriore al procedimento *in iure*: per affermare che essa faccia parte del procedimento *in iudicio* occorrerebbe aver dimostrato che l'accettazione della formula avvenga davanti al giudice: il che non risulta affatto dalle fonti.

VI.

Il terzo punto nuovo della dottrina che esaminiamo è quello che concerne la presenza del giudice all'atto della sua nomina.

Ma qui chi oppugna la nuova idea si trova dinanzi ben altro avversario, chè la teoria, ora con più larghezza di argomentazioni e con criteri più radicali propugnata dallo Schlossmann, è stata prima di lui messa innanzi dal Lenel nel secondo dei suoi articoli sulla *litis contestatio*. Ed oppugnarla io credo che si debba, nonostante la grande autorità dell' illustre romanista che per primo l'ha sostenuta.

Tuttavia prima di accennare ai forti dubbi che inducono a respingerla, sembrami necessario, pel migliore intendimento della questione, determinar con tutta esattezza il pensiero del Lenel, dappoichè le idee di lui e quelle dello Schlossmann anche qui - se si faccia eccezione del solo punto relativo alla presenza del giudice - profondamente divergono in tutto il resto.

Combattendo l'Hölder, che affermava dover la nomina del giudice avvenire necessariamente prima della fissazione del rapporto litigioso (nel che appunto, cioè a dire nella nomina e nella fissazione di questo rapporto con invito al giudice di pronunciar la sentenza, avrebbe consistito la *ordinatio iudicii* e la *litis contestatio*) - il Lenel (p. 338 sgg.) nega recisamente che nella *datio iudicii* e nella *litis c.* si contenesse la nomina del giudice. È da escludere che essa potesse avvenire nel primo periodo preparatorio del processo, quando le parti discutono per porsi d'accordo sulla redazione della formula: ammessa in un tal momento, che cosa sarebbe avvenuto della *litis c.* se poi il giudice moriva o si scusava? doveva essa cadere? Perocchè non è a pensarsi che in quel momento di preparazione, la quale poteva esser più o meno lunga, il giudice si trovasse presente al processo. E che sarebbe avvenuto poi del termine fissato per giudicare, nel caso di escusazione? Si sarebbe

dovuto accordarne un secondo e poi un terzo, con un rinvio continuo della sentenza? Di più, quali mezzi aveva il giudice (dappoichè era lui che doveva alle parti assegnare il termine per comparire), per costringer le parti a presentarglisi la prima volta, onde far loro quella assegnazione del termine di comparizione? Ammettere adunque come regola l'assenza del giudice all'atto della nomina egli crede che non si possa; e per conseguenza ritiene che la nomina avvenisse posteriormente alla *litis c.*, in un momento cioè in cui i giudici inclusi nelle liste si trovassero alla presenza del magistrato, che avrebbe scelto tra loro quello chiamato a giudicar del processo già istruito.

Questa innovazione porta, s'io non m'inganno, un notevole spostamento ai termini processuali, riconducendo ad un momento alquanto anteriore a quello ritenuto dalla dottrina comune l'atto della *litis c.*; e per effetto di ciò una profonda modificazione nella teoria stessa della *litis c.* Perocchè, se si deve tener fermo che la formula, quale veniva rimessa al giudice (o scritta o non scritta, qui è indifferente), conteneva innanzi tutto la nomina del giudice, e se, come afferma il Lenel, la nomina stessa avveniva dopo la *litis contestatio*, è mestieri conchiudere che la *litis contestatio* non si compieva più, come abbiamo sempre creduto, nel momento in cui l'attore rimette al convenuto la formula, ma in un momento anteriore, allorquando cioè le parti si sieno soltanto messe d'accordo sul tenore di essa. È manifesto infatti che non può pensarsi a trasmissione della formula dall'una parte all'altra, quando ancor essa è incompleta per la mancanza della *nominatio iudicis*; e pertanto la nomina avrebbe dovuto avvenire in un momento intermedio tra la *litis c.* e la trasmissione della formula.

Io non credo che il Lenel abbia voluto giungere a tanto. Ma comunque sia di ciò, è fuor di dubbio che da lui grandemente si discosta lo Schlossmann: pel quale la presenza del giudice si ha all'atto stesso della *litis c.*, anzi durante tutto l'ultimo periodo del procedimento *in iure*, in cui le parti discutono circa la determinazione della formula, che poi il pretore fissa definitivamente; e ciò senza interruzione tra il primo stadio e quello *in iudicio*, che s'inizierebbe subito, appena chiuso il processo *in iure*.

Come ognun vede, se il Lenel si preoccupa delle difficoltà che al giudice si sarebbero create coll'imporgli di andar lui in cerca dei liti-

ganti per farli comparire innanzi a sè, lo Schlossmann si preoccupa precisamente della difficoltà contraria e si domanda come le parti si sarebbero contenute qualora, dopo aver ricercato in tutti gli angoli della città il giudice della loro causa, non fossero riuscite a rintracciarlo!

All'uno e all'altro io risponderò con lo Schott (*röm. Zivilprozess*, p. 46) che sarebbe non poco strano che un popolo il quale aveva un *album iudicum selectorum*, *dies fasti* e *nefasti*, periodi di ferie e così via, mantenesse poi senza alcuna organizzazione regolare i suoi trecento a novecento giurati e li facesse gironzare e vagar come un gregge nel foro. Questo rincorrersi delle parti e del giudice l'un dietro l'altro senza incontrarsi mai, mi sembra una ben curiosa preoccupazione. E non altrimenti è a dirsi delle pretese difficoltà che sarebbero create per la identificazione del giudice, se il nome di lui fosse stato errato o fosse identico a quello di altra persona, ovvero se il giudice fosse morto o avesse avuto motivi di escusazione, o finalmente s'egli non avesse avuto il tempo o la voglia di giudicare.

Si dimentica adunque che l'officio di giudicare è un *munus publicum* ('quippe iudicare munus publicum est': l. 78 D. 5, 1) a cui non era possibile sottrarsi neppure temporaneamente:

> l. 13 § 2 D. 50 5. *Ulp. l. 23 ad ed.* Qui autem non habet excusationem, etiam invitus iudicare cogitur

salvo che non fosseso le parti stesse d'accordo a prorogare il giudizio:

> l. 2 § 2 D. 5. 1 *Ulp. l. 3 ad ed.* Si et iudex ad tempus datus et omnes litigatores consentiant: [*nisi specialiter principali iussione prorogatio fuerit inhibita*, Trib.] possunt tempora, intra quae iussus est litem dirimere, prorogari.

Laonde il giudice non avrebbe potuto rimettere di suo arbitrio il processo ad epoca indeterminata o rinviarlo a lunga scadenza, senza incorrere nelle penalità comminate a coloro che si recusano di giudicare.

Non si osserva che, quanto all'incontrarsi il giudice e le parti, la cosa era pur semplice se e il tribunale dei recuperatori e il giudice unico avevano una lor sede fissa con separata località nel foro, come attesta Suetonio (Octav. 29: 'Fori exstruendi causa fuit homi-

num et iudiciorum multitudo, quae videbatur, non sufficientibus duobus, etiam tertio indigere... cautumque ut *separatim* in eo publica iudicia et sortitiones iudicum fierent'; cfr. Bethmann-Hollweg, *röm. Civilpr.* II, p. 162, 468), ove i litiganti avevano agio di trovarli nei giorni e nelle ore destinate alla trattazione delle cause (cfr. Schott, *röm Zivilpr.* p. 46), così come una sua sede aveva il pretore. Il quale avrà certo avuto cura di nominare per ogni singolo processo quei guidici, che sapeva prestar servizio al tribunale in quel determinato momento, e sarà stato in questa scelta validamente coadiuvato non solo dalle liste e dai calendari, ma dalle parti stesse, interessate direttamente a fornir notizie e informazioni per toglier dubbi o incertezze sulla persona del nominando.

E si esagera, quanto alla identificazione del giudice nominato nella formula, perchè in errori non è a pensarsi che il magistrato cadesse troppo di frequente; ad ogni modo, avvenuto l'errore, provvedevano i normali criteri d'interpretazione, come insegna Servio:

> l. 80 D. 5, 1. *Pomp. l. 2 ad Sab.* Si in iudicis nomine praenomine erratum est, Servius respondit, si ex conventione litigatorum is iudex addictus esset, eum esse iudicem, de quo litigatores sensissent

mentre ancor meno probabili dovevano essere le confusioni di persona per identità del nome, posto che a ciò si sarà ovviato all'atto stesso della formazione delle liste, le quali rinnovandosi periodicamente erano soggette a continue revisioni (cfr. Suet. Octav. 32, Claud. 15).

Il Lenel si domanda se, morto o scusato il giudice, la *contestatio litis* cadesse nel nulla. No certo: e questo mi par che dica assai chiaramente Alfeno colla

> l. 76 D. 5, 1. *Alf. l. 6. dig.* Proponebatur ex his iudicibus, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum iudicum mutatio eandem rem an aliud iudicium fecisset. respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem ET IUDICIUM IDEM QUOD ANTEA FUISSET PERMANERE

poichè l'"idem iudicium permanere" non può di altro intendersi che della *contestatio litis*. Dal qual testo risulta anche che i motivi di

scusa facevansi valere *dopo* la nomina, essendo i giudici di cui parla il fr. già *dati*. Vero è che contro una tale prova si obbietterà che forse i giudici cui Alfeno allude erano stati scelti su proposta dei litiganti (cfr. ll. 57 D. 42, 1 e 23 pr. D. 49, 1) e perciò in tal caso nominati in loro assenza Ma la difficoltà rimarrebbe identica anche con una nomina fatta in presenza del giudice, potendo sempre o la sopravvenuta morte di lui o motivi nuovi di scusa sopraggiunti arrestare o ritardare il processo. In questi casi appunto di impossibilità di giudicare interveniva la *iudicis mutatio*. Se la morte colpiva quello nominato, un altro veniva sostituito a lui, rinnovandosi a favor suo il termine concesso al defunto:

> l. 60 D. 5, 1. *Paul. l. 14 ad Sab.* Mortuo iudice quod eum iudicare oportuerat, idem eum qui subditus est sequi oportet.
>
> l. 32 D. 5, 1. *Ulp. l. 1 de off. cons.* Si iudex, cui certa tempora praestita (praestituta Hal.) erant, decesserit et alius in locum eius datus fuerit, tanta ex integro tempora in persona eius praestituta intellegemus, quamvis magistratus (consul ? Len.) nominatim hoc in sequentis datione non expresserit: [ita tamen ut legitimum tempus (imperii annum? Len.) non excedat *Trib.*?]

siccome risulta dal secondo dei due testi citati, anche quando esso avesse a riferirsi al processo per cognizione (cfr Koschaker, *Translatio iudicii*, p. 315, n. 2). E similmente si provvedeva trattandosi di motivi di scusa, i quali se noti prima e costituiti da un qualche privilegio non davan più diritto al giudice di essere esonerato; se sopraggiunti poi, rendevan possibile la sostituzione, sempre quando però non fossero provocati da artificio di alcuno dei litiganti. Tutto ciò risulta per argomento dalla

> l. 13 § 3 D. 50, 5. *Ulp. l. 23 ad ed.* Si post causam actam coeperit se excusare iudex, si quidem privilegio, quod habuit antequam susciperet iudicium, velit se excusare, nec audiendus est: semel enim adgnoscendo iudicium renuntiat excusationi, quod si postea iusta causa incidit, ut iudex vel ad tempus excusetur, non debet in alium iudicium transferri, si cum. captione id futurum est alterutrius tolerabilius denique est interdum iudicem qui semel cognoverat tantisper exspectare, quam iudici novo rem rursum iudicandam committere

dove son forse da riconoscer le vestigia della mano dei compilatori, nonchè in via più generale dalla

> l. 18 pr. D. 5, 1. *Ulp. l. 23 ad ed.* Si longius spatium intercessurum erit, quo minus iudex datus operam possit dare, mutari eum iubet praetor: hoc est si forte occupatio aliqua iudicem non patiatur operam iudicio dare, incidente infirmitate vel necessaria profectione vel rei suae familiaris periculo.

Cfr. inoltre i fr. 17, 46, 58 D. 5, 1.



La teoria della *mutatio iudicis* è stata recentissimamente oggetto di nuovi studi per parte del Koschaker (*Translatio iudicii. Eine Studie zum röm. Zivilpr.* Graz, 1905, pag. 306 sgg.), il quale anche da questo punto di vista trova inattendibile la congettura del Lenel sulla precedenza della *litis c.* alla nomina del giudice. Sembragli peraltro di grave momento l'obbiezione di lui, che cioè il mutamento del giudice possa portar la caduta della *contestatio litis*; ma di fronte al rimedio escogitato dal Lenel, di separare l'atto della *contestatio* da quello della nomina del giudice, e di salvar così quella nonostante il posteriore mutamento del *iudex*, crede di proporne un altro, poichè per lui la *mutatio iudicis* è espressione tecnica a designare il cambiamento del giudice avvenuto dopo la *contestatio litis*. É il rimedio consisterebbe nell'immaginare, sul fondamento della l. 20 D. 46, 7 ed in analogia a quanto in questo testo si dice per la *cautio pro praede litis et vindiciarum*, che la formula contenesse nella nomina del giudice anche la clausola di sostituzione costruita così: ' *Titius quive in locum eius substitutus erit iudex esto.* ' In tal modo la *contestatio litis* sarebbe avvenuta anche rispetto al giudice surrogato più tardi e sarebbesi così salvata di fronte al mutamento d'una parte della formula.

Ad una tale congettura lo stesso Koschaker riconosce come sia estremamente difficile fornire una qualsiasi base coi testi, poichè questi giammai accennano a formule siffattamente concepite, riproducendole sempre col semplice ' *iudex esto.* ' Ed io aggiungerò che anzi la prova del contrario si ha precisamente in quei testi, che son richiamati dal Koschaker e in cui si fa cenno di *iudex subditus*,

non mai di *iudex substitutus*; non senza osservare che una nomina del giudice senza indicazione della persona - quale si avrebbe qui pel sostituito - non è una nomina. Essa contraddice tanto ai principii fondamentali del processo romano, quanto viceversa è connaturale al diritto sostanziale e processuale che con una *apposita stipulazione* (sia la *cautio pro praede litis et vind.* o la *cautio iudicatum solvi*) le parti s'impegnino a prestare ciò che sarà determinato da un terzo (il giudice) scelto dal magistrato.

Per questa medesima considerazione non è accettabile neppur l'altra congettura avanzata dallo stesso Koschaker, sebbene essa possa sembrare più plausibile, che le parti si rimettessero al pretore per la scelta del giudice, di guisa che la *litis contestatio* avvenisse su una formula in cui il giudice era genericamente indicato ('*iudex esto*'), senza designazione dell'individuo.

In tale difficoltà si cade per la obbiezione mossa dal Lenel, che negli schemi di formule conservatici da Gaio (IV, 34, 36, 37, 47: 'iudex esto'; 46: 'recuperatores sunto') e nel testo della Lex Rubria (c. XX, l. 23, 32: 'iudex esto') il nome del giudice non figura mai, mentre per le parti si adottano costantemente dei nomi fittizi.

In verità, se Gaio e la legge Rubria fan cominciare sempre i loro schemi col semplice '*iudex esto*', v'ha pur un passo di Cicerone (*Verr* II, 13: 'L. Octavius iudex esto'), che riproduce la formula col nome del giudice, e che come testimonianza non va trascurato. Ora la causa dell'assenza del nome in quegli schemi va ricercata nel fatto stesso che si tratta di schemi, non di formule concrete tratte da un processo veramente esistente. E come tali nè il nome del giudice, nè quello dei litiganti (gli uni e l'altro immaginari) dovevan figurarvi. Senonchè per le parti un'assoluta necessità imponeva di designarle con un nome qualsiasi, per distinguere l'attore dal convenuto, chè altrimenti le formule anche più semplici sarebbero riuscite oscure o addirittura incomprensibili: e non diciamo poi di quelle più complesse, ove fossero più gli attori o i convenuti e molteplici i rapporti giuridici dedotti in contestazione. Come si sarebbe potuto, in altra guisa, render chiara la formula? Non certo l'uso del discorso in prima ed in seconda persona - siccome sogliono frequentemente i giureconsulti romani quando prospettano il caso giuridico - avrebbe qui giovato (ad es.: *si paret me tibi* o *me illi* o *te mihi*, ecc., *dare oportere*):

chi parla nella formula è il magistrato, e nè lui, nè il giudice può, anche per sola finzione, personificarsi nell'una o nell'altra delle parti. Meno ancora avrebbero giovato le circonlocuzioni: provatevi a togliere da alcuna delle formule il nome delle parti e ad esprimere in altro modo il contenuto di essa; la cosa spesso riuscirà estremamente ardua e quasi sempre porterà ad una radicale trasformazione degli schemi concisi ed incisivi delle formule, tanto da non conservarsi più il tipo di esse.

Questa necessità pel nome del giudice unico o plurimo negli schemi non si presentava affatto, cosicchè per la prima parte della formula bastava indicarne il contenuto sostanziale: *iudex esto*, salvo ad aggiungervi in pratica il nome di quello effettivamente nominato. Il che accadeva del resto anche pel nome delle parti, quando la formula risultasse redatta in maniera da non aversene bisogno. Una conferma luminosa di ciò ci è offerta dallo stesso Gaio nella seguente formula in factum concepta (IV, 46):

> ' Recuperatores sunto. Si paret illum patronum ab illo [patrono] liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse, recuperatores, illum libertum illi patrono sestertium x milia condemnate. s. n. p. a.

Qui manca col nome dei recuperatori anche quello delle parti, poichè la loro rispettiva posizione risulta senza possibilità di equivoci dalla qualità che rivestono, o, in altri termini, è la qualità (patrono, liberto) che giova ad identificarle. E gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Nè mancano altre contraddizioni nella nuova teoria. Se la nomina del giudice avveniva dopo la *litis c.*, essa non faceva parte, adunque, della formula, e non vi sarebbe stato perciò alcun bisogno d'inserire quella nomina generica, che praticamente non aveva alcun valore. Ovvero devesi intendere che la nomina generica servisse unicamente a stabilire che in quel determinato processo il giudice dovesse essere unico (*iudex* esto), in quell'altro plurimo (*recuperatores* sunto?). Ma attribuire alla *nominatio iudicis* questo più ristretto significato, sembrami che non sia lecito. E se i tipi di formule tramandateci da Gaio e dalla lex Rubria debbono rappresentare esclusivamente la formula su cui avviene la *contestatio litis*, resterebbe pur sempre a chiedersi perchè non se ne rinvenga mai alcuno - neppur come esempio - che

riproduca la formula più completa, vale a dire quella che il magistrato rimetteva al giudice, e nella quale il nome di questo doveva indubbiamente figurare. Men che mai poi si giustificherebbe una clausola di questa natura, se col Koschaker dovesse ammettersi (nella seconda delle sue ipotesi) rimessa al pretore la nomina: il rimprovero d'inutilità della clausola, che egli muove al Lenel (p. 321, n. 2), si ritorcerebbe contro di lui.

Le difficoltà non s'arrestano qui. Posto che la nomina avvenisse dopo la *litis c.*, che deve dirsi del diritto delle parti di accettarla o meno? Dovevano esse ricomparire innanzi al magistrato, nel momento in cui questi vi procedeva?

Il Lenel non si propone il quesito: ma egli è evidente che una risoluzione affermativa importerebbe la conseguenza d'una maggiore complicazione della procedura con una ricomparizione, che avrebbe facilmente potuto risparmiarsi.

Il quesito si riannoda ad un problema più largo, che va messo in questi semplici termini: era, indipendentemente dalla presenza del giudice, necessaria la presenza dei litiganti all'atto della sua nomina? E si risolve a sua volta nell'altro, se alla nomina debbano contribuire e consentire i litiganti. Sotto quest'ultimo aspetto lo considera appunto lo Schott (*röm. Zivilprozess*, p. 62), ma la conclusione cui egli perviene è tutt'altro che soddisfacente.

Egli è d'accordo col Lenel che la nomina avesse luogo in un secondo termine, posteriore ad un primo periodo *preparatorio* del processo; ma non conviene per una scelta posteriore alla *contestatio litis*: ritiene cioè che in un primo periodo i litiganti discutano della redazione della formula e della scelta del giudice, il quale verrebbe dal pretore scelto in loro confronto, ma che la nomina avvenga in un termine posteriore, non più presenti le parti, vale a dire entro il termine di trenta giorni che la lex Pinaria fissava per le *legis actiones* e che sarebbe rimasto in vigore anche nel processo formulare (*Gewähren des Rechtsschutzes*, p. 59, *röm. Zivilpr.* p. 44).

Se la tentata resurrezione della lex Pinaria sia riuscita, è cosa ch'io voglio lasciare in disparte per non dilungarmi troppo. Certo è che il tagliare in due il processo *in iure*, per porre in un primo periodo anteriore al rilascio della formula le discussioni delle parti in ordine alla redazione di essa e alla designazione del giudice, e in un

secondo periodo la nomina, non è richiesto da alcuna logica necessità e, quel ch'è peggio, non è autorizzato da alcun testo: giova soltanto a salvar la pretesa permanenza del termine dei trenta giorni in confronto della indistruttibile attestazione delle fonti, che la nomina avveniva col concorso delle parti. E per concorso non devesi punto intendere che la scelta fosse fatta da esse e semplicemente approvata dal magistrato. Tutt'altro. Si tratta - come del resto lo stesso Schott riconosce - di intervento, con contenuto più negativo che positivo, che si accorda al convenuto per controllare la proposta che fa l'attore, e per opporre una eventuale ricusazione, la quale sarà accolta purchè fondata su legittimi e seri motivi, il cui apprezzamento è in ogni caso rimesso al pretore. Così e non altrimenti può spiegarsi il rescritto di Adriano ricordato da Callistrato

> l. 47 D. 5, 1. *Call. l. 1 quaest.* Observandum est, ne is iudex detur quem altera pars nominatim *petat*: id enim iniqui exempli esse divus Hadrianus rescripsit

tuttochè relativo al processo *per cognitionem*, perchè come non deve ammettersi che la indicazione della parte (attore o convenuto) vincolasse il magistrato, restando nei semplici limiti di una proposta (*petere*), così deve ritenersi che l'imperatore volesse tutelare i diritti della difesa e insieme innalzare l'autorità del giudicato coll'allontanarne il sospetto, in tutti quei casi in cui l'altra parte non avesse potuto far valere alcun motivo di ricusazione. E ciò non ha nulla a vedere con la scelta fatta d'*accordo* in forza di una convenzione (l. 80 D. 5, 1: ' ex conventione litigatorum iudex addictus '; l 81 eod.: ' ex compromisso sumptus '; l. 57 D 42, 1: ' ex consensu iudex minor datus '; Paul. R. S. 5, 5ª, 1: ' ex compromisso iudex sumptus '). Gli altri testi invocati dal Bethmann-Hollweg (II, p. 460, n. 19; l 25 § 3 D. 10, 2; l. 21 pr. D. 43, 24), piuttosto che contradditori io direi indifferenti.

Io non credo adunque che il caso prospettato nella l. 28 § 4 D. 5, 1 abbia, a fondamento, come vuole il Lenel, una regola generale. E non credo neppure che possa agevolmente distruggersi l'attestazione contenuta nella

> l. 39 pr D. 5, 1. *Pap. l. 3 quaest.* Cum furiosus iudex addicitur, non ideo minus iudicium erit, quod hodie non potest iudicare: ut scilicet suae mentis effectus quod sententiae dixerit,

ratum sit: *neque enim in addicendo praesentia vel scientia iudicis necessaria est.*

Non si può perchè è difficile concludere da un testo, il quale afferma non esser necessaria la presenza, che se il giudice *può* rimanere assente, *deve* dunque per regola esser presente (Lenel) e limitar così quella norma a casi eccezionali, quale ad es quello in cui il giudice sia scelto d'accordo dalle parti; e similmente non giova l'estremo rimedio del sospetto d'interpolazione della chiusa (Schlossmann), mancando ogni prova positiva che renda verisimile quel sospetto.

Non nego tuttavia che qualcosa di vero possa esservi nelle obbiezioni che hanno mosso lo Schlossmann. Ma le ulteriori conseguenze ch'egli vuol trarne sono infondate. Perocchè se egli osserva, a rinforzare i suoi argomenti, che dati gli effetti prodotti dalla *litis c.* per l'attore - accrescimento della responsabilità del convenuto, decorso degli interessi, interruzione della prescrizione - e data la possibilità di un rinvio all'infinito della *contestatio litis* pel fatto del giudice, deve dirsi antigiuridico uno stato di cose che ponga nell'arbitrio di questo la possibilità di recar danno all'attore - cotesto argomento si ritorcerebbe se mai contro di lui, che ha creduto di dover porre nel procedimento *in iudicio* il momento della *litis c.*, mentre tutto ciò vien meno se esso si pone alla fine della stadio *in iure*. Il che si ripete pei testi nei quali si è creduto di trovar la prova che la nomina avvenisse in presenza del giudice, poichè gli è appunto dall'aver posto la *litis c.* nel periodo *in iudicio* anzichè alla fine di quello *in iure*, che discende l'inconveniente lamentato di un rinvio reso frustraneo: quando la *litis c.* si rimetta al suo posto, tutto ritorna alla normalità.

In tal modo lo Schlossmann è portato da una erronea premessa a conseguenze e difficoltà inaspettate, per sormontare le quali gli è d'uopo far violenza ai testi. E violenza è quella d'intendere testi quali sono ad es. la

> l. 1 § 2 D. 2. 12. *Ulp. l. 4 de omn. trib.* Sane quotiens res urguet, cogendi quidem sumus AD PRAETOREM VENIRE, verum ad hoc tantum cogi aequum est UT LIS CONTESTETUR

e la

> l. 28 § 4 D. 5. 1 *Paul. l. 17 ad Plaut.* Sed et si dies actionis exitura erit, causa cognita adversus eum iudicium praetor dare debet, ut lis CONTESTETUR ITA, UT in provinciam TRANSFERATUR

in maniera tanto diversa da quella naturale, laddove dai medesimi discende con tutta evidenza la prova che la *litis c.* si formava avanti al magistrato!

VII.

L'ultima parte dell'opera dello Schlossmann è quella che più direttamente investe la dottrina della *litis c.* E qui le innovazioni maggiori consistono nel diverso significato attribuito alla invocazione dei testimoni, nell'affermato mutamento della formula, e nella negazione recisa della teoria del contratto processuale, che pur tanto efficacemente aveva contribuito a chiarire la natura dell' istituto.

La nuova funzione che lo Schlossmann assegna alla invocazione dei testimoni non sta apparentemente in nessun rapporto con la tesi fondamentale da lui sostenuta circa la natura della *c. litis.* Vero è che nel silenzio delle fonti ogni congettura può esser messa in campo; e fino ad un certo punto può pur essere giustificato lo sbizzarrirsi nella ricerca dello scopo che i testimoni avevan nel processo, poichè ciò non ci è detto dai testi.

L'oscurità più completa si ha senza dubbio nelle fonti per quel che s'attiene all'obietto del ' testes estote '. Perocchè, che la *litis contestatio* tragga il suo nome da una invocazione di testi, e che questa invocazione abbia, un tempo, certamente fatto parte della *contestatio litis*, non può porsi in discussione. Rimarrà a vedersi se tale invocazione di testi, la quale era indubitatamente caduta nel processo giustinianeo, sia ancora in vigore nel processo formulare. Tra i nuovi scrittori della materia una tendenza ad affermarlo s' è manifestata, in opposizione all'antica dottrina. Lo ritengono per fermo l'Hölder, nel secondo suo scritto (*Sav.-Stift.* XXIV, p. 208), mentre nel primo (Dekanatsprogramm) lo aveva negato, e lo Schott (*röm. Zivilpr.* p. 43-44), il quale al Bekker (*Streitfragen, Sav.-Stift.* XXIV, p. 366) che lo combatte perchè, oltre al non trovarsene traccia alcuna nelle fonti, non si comprenderebbe a che una tale invocazione avrebbe servito nel processo formulare, risponde che lo scopo si ha nella constatazione della perfetta corrispondenza della formula rilasciata dal pretore con la copia eseguitane dall'attore stesso o dal convenuto. Più

prudentemente il Lenel (p. 341-342) riconosce non potersi il quesito risolvere allo stato delle fonti, mancando una prova decisiva che ne attesti la caduta, così come manca una consimile prova che ne dimostri il perdurare nel nuovo sistema processuale.

Ma, lasciando da parte questo punto, può sembrar fino ad un certo segno ragionevole il dubbio sollevato su quello che sino ad oggi erasi ritenuto come oggetto della invocazione dei testi. Rimontando infatti alle origini, o quanto meno ad un periodo più antico del processo romano, nel quale il *ius* non era ancora separato dal *iudicium*, una invocazione di testi i quali dovessero più tardi testimoniare su quanto si fosse svolto sin lì ovvero su quanto si sarebbe svolto da quel momento in poi, sembra in verità senza scopo. Che cosa avrebbero essi dovuto testimoniare, se il processo si svolge innanzi alla stessa persona? Quella finalità che essi avrebbero quando il processo è composto di due fasi distinte, nelle quali funzionano successivamente due distinte persone, il magistrato e il giudice, qui mancherebbe del tutto.

Senonchè alla obbiezione mal si risponde dallo Schlossmann con l'escogitare una funzione nuova, che non ha alcun riscontro positivo nei testi e che per di più è in contraddizione col significato naturale delle parole 'testes estote'. La incompleta definizione data della *litis c.* da Festo nel più largo de' suoi due passi. 'Contestari autem dicuntur duo aut plures adversari quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote' rispecchia, è vero, soltanto il lato esteriore dell'atto; ma per quanti sforzi si facciano, resterà pur sempre malagevole l'ammettere che i 'testes' sien meno dei cittadini chiamati a testimoniare (su quel che si sia) e piuttosto dei periti, degli esperti della vita giudiziaria incaricati di guidare e coadiuvare le parti, sorvegliando l'avversario per colpirne e denunciarne le eventuali infrazioni alle norme procedurali! Manca ad una siffatta congettura qualsiasi fondamento nei testi, e non la sorregge neppure una certa verisimiglianza: nessun sistema giudiziario, e meno ancora quello romano, presenta alcunchè di simile ad un cotale intervento di estranei nel processo impegnato tra due persone!

La necessità di ritenere che la funzione dei *testimoni* sia quella di *testimoniare* s'impone adunque in modo assoluto, nè la difficoltà di stabilire con tutta certezza l'obbietto di siffatta testimonianza può

indurre in altro avviso. La soluzione del problema si aggrava senza dubbio, se esso si considera di fronte al più antico sistema procedurale: perocchè mentre potrebbesi di fronte a quello per formule agevolmente ammettere che, data la separazione tra i due stadi *in iure* ed *in iudicio*, la funzione dei testimoni si concretasse nell' attestare al giudice ciò che s' è svolto dinanzi al magistrato, una siffatta spiegazione non è più plausibile di fronte al più antico sistema processuale, allorquando cioè i due stadi del giudizio non sono ancora separati.

Ed ancor più difficile diventa se si acceda all'opinione dello Schott, il quale la fa consistere nella attestazione della conformità della copia della formula eseguita dall'attore o dal convenuto con l'originale rilasciato dal pretore.

Se in tal guisa si fornisce una spiegazione abbastanza soddisfacente pel processo formulare, si getta più che mai l'oscurità sul significato e sulla funzione dei testi nel periodo anteriore al formulare, dacchè in un sistema più antico (nel quale per l'appunto deve ricercarsi l'origine della *litis c.*) lo scopo, per l'assenza della formula, non poteva essere uguale, e occorrerebbe quindi rintracciarne un altro, di cui nel periodo successivo abbiano preso il posto lo scopo e la funzione propugnata dallo Schott, colpire il momento del passaggio dall'uno all'altro, indagare e trovar la ragione del mutamento.



Qui invece mi sembra che abbia notevole valore la spiegazione data dal Collinet, alla cui tesi fondamentale peraltro, come ad alcuni criteri d' interpretazione, io non saprei sottoscrivere. Sopratutto, discutibile appare l'affermazione di lui (*Nouv. revue hist.*, XXVI, p. 532) che la *litis c.* non è un istituto speciale alla legislazione romana e che la comparazione dei diritti antichi possa in questo campo essere atta a dissipare i dubbi cui la teoria del processo romano dà luogo.

Ricercando qual sia la natura originaria della *litis c* nella sua purezza primordiale, il Collinet si propone il problema in questi termini. Secondo le dichiarazioni delle fonti, i noti effetti processuali (novazione, o piuttosto, come egli si esprime, semplice mutamento del diritto, fissazione degli elementi personali e reali del processo,

consumazione) sono prodotti direttamente dalla *contestatio litis*, vale a dire dalla invocazione dei testimoni. Non li produce precisamente la trasmissione della formula nel processo formulare, non la solennità della *legis actio* nel processo delle *legis actiones*. Sul processo formulare il Collinet non si sofferma: la sua indagine è rivolta precipuamente a quello per *legis actiones*, e qui egli, combattendo il Wlassak, si sforza di dimostrare che la *c. litis* fu da quest' ultimo erroneamente riportata ad un momento anteriore, all' inizio del procedimento *in iure*, prima cioè del compiersi della *legis actio*; il posto che le va assegnato è la fine dello stadio *in iure*, dopo che la *legis actio* si è compiuta, in un momento cioè che corrisponde esattamente a quello in cui la *litis c.* avviene nel processo formulare, poichè in sostanza questo sistema procedurale non sarebbe che 'un aspetto della procedura delle *legis actiones*'.

Ora, perchè e come la semplice invocazione dei testimoni assurge a tanta importanza, che, in virtù di essa soltanto, il diritto messo in esperimento si trasforma e si consuma?

Il motivo deve, a suo avviso, ricercarsi nell'obbietto stesso su cui i testimoni son chiamati a far fede. Il carattere primigenio e fondamentale del processo romano, e per esso della istanza che apre il giudizio, è come in tutti i procedimenti giudiziali primitivi, *arbitrale*: fissati cioè i termini della contesa, questa viene risoluta dall'arbitro, che in un tempo più antico sarà stato scelto dalle parti stesse, in un' epoca più recente determinato preventivamente dalla legge. Ma la decisione dell'arbitro non costituisce che un parere (*sententia*) e non è quindi di per se stessa esecutiva: come dunque provvedere ad assicurarne la esecuzione e ad evitare che la guerra apertasi tra i due contendenti e sedata col deferimento della controversia all' arbitro, non si riaccenda, se il soccombente si rifiuterà di obbedire? Il rimedio escogitato consiste nel vincolare preventivamente le parti all'osservanza dell' arbitraggio, mercè una promessa giurata sotto la sanzione della vendetta divina: l' uno e l' altro dei litiganti s' impegnano a rispettare e ad eseguire la sentenza, qualunque essa sia, e a questo solenne giuramento si fanno assistere i testimoni.

La *contestatio litis*, adunque, è 'la obbligazione assunta dalle parti innanzi ai testimoni di rispettare l' arbitraggio'. E allora tutti gli effetti del processo, piuttosto che spiegarsi col carattere novatorio

dell'atto, si chiariscono meglio se si ricollegano a questo impegno preventivo dei contendenti. Si spiega la nascita del diritto nuovo, perchè si è in forza di quell'impegno che il *debitor* è obbligato ad accettar la condanna (' post litem contestatam condemnari oportere '); si spiega il fissarsi dei termini della controversia, e sopratutto l'effetto estintivo, il quale nella regola ' bis de eadem re ne sit actio ' non trova la spiegazione, ma la constatazione di se medesimo; l'estinzione si produce perchè col prestato giuramento di rispettare l'arbitraggio, l'attore ha implicitamente rinunziato a sperimentare mai più il suo diritto.

Con l'introduzione del processo formulare, la *contestatio* si snatura e decade, confondendosi con l'*ordinatio iudicii*. La scelta del *iudex* - l'*ordinatum iudicium* di Festo - che avrebbe dovuto seguire alla invocazione dei testimoni, ne prende il posto, e l'accettazione della formula, in cui quella nomina è contenuta, finisce per identificarsi con la *contestatio* stessa, diviene cioè l'atto solenne da cui discendono tutti gli effetti del processo.

Accettar tutte le idee che il Collinet svolge nel suo scritto non si può. Non si comprende a che giovi il negare il principio novatorio e il sostituirgli il concetto di un semplice *mutamento* del diritto, che giuridicamente rientra in quello della novazione. E in particolar modo non sembra esatto quanto si dice intorno alla *ordinatio iudicii*. La critica di quel che a questo proposito scrive il Collinet si trova già nella confutazione fatta dal Lenel alle idee dell' Hölder. Per l' Hölder, che, come il Keller, assegna alla *litis c.* due significati diversi, per l'uno dei quali essa designerebbe non tutto il procedimento *in iure* (come voleva il Keller), ma una notevole parte di questo, per l'altro il momento in cui si producono gli effetti giuridici del processo, questi effetti si produrrebbero nell'atto della *datio iudicii*, sarebbero cioè conseguenza di un atto del magistrato e non dei contendenti. E poichè intesa nel primo senso la *litis c.* si compone di vari atti preordinatorî del *iudicium*, dei quali l'ultimo è costituito dalla invocazione dei testimoni, con questa invocazione, ossia con la pronuncia delle sacramentali parole 'testes estote', la *litis c.* si perfezionerebbe.

La dimostrazione di questo asserto, basata sul noto luogo di Festo, ben a ragione il Lenel ha dichiarato fallita. Il passo di Festo non è una definizione; e pertanto l''ordinare iudicium' che secondo questa pretesa definizione precederebbe la invocazione dei testimoni, non è

l''ordinare' in senso tecnico, nel quale devonsi intendere compresi *tutti* gli atti del procedimento *in iure*, ma piuttosto un 'preparare'; esso designa cioè quegli atti preparatorî che dovevano pur compiersi per condurre le parti a mettersi d'accordo sulla redazione della formula. Ma quando questa redazione è finalmente trovata, restano ancora a compiersi gli altri atti formali che dovranno poi far sorgere la *litis c.* Viene cioè in questo momento la invocazione dei testimoni, indi la pronuncia della formula e infine la redazione scritta di essa. La invocazione dei testimoni precede adunque e non segue la *datio iudicii*, e la ordinatio iudicii non è quindi identificabile con la *litis c.*

Tuttavia il concetto sostanziale del Collinet sul contenuto della testimonianza si appalesa accettabile. E se esso induce, anzi è precisamente fondato sulla natura arbitrale del processo, non potrà ciò costituire motivo serio per respingerla, dacchè questo è propriamente il carattere del processo romano, come ha pur ritenuto il Lenel.

VIII.

La teoria dol contratto giudiziale è stata di recente nuovamente combattuta e difesa con argomenti nuovi e con argomenti vecchi. Tirando le somme par ch'essa, più che indebolita, si sia rafforzata, se pur per una certa parte la base n'è risultata alquanto modificata.

È interessante, sotto questo rispetto, richiamar qui la critica mossa dallo Schott, che pur accede alla dottrina del Wlassak, contro gli argomenti che si sogliono addurre in sostegno della teoria del contratto giudiziale. I risultati di quella critica sono tanto più notevoli, in quanto che pur distrutti tutti gli argomenti, che militano in favore della teoria comune, il principio del contratto processuale non ne resta punto distrutto nè scosso. Com'è noto, già l'Hölder, prima dello Schlossmann, aveva negato alla *litis c.* la natura contrattuale. E lo Schott gli dà ragione, se le prove s'invocano sulla base di questi testi e di quelle espressioni, che sin qui si sono ritenute decisive. Egli osserva infatti che argomenti non si possono trarre:

1° dall'*'accipere'*, perchè 'accipere' per se stesso può significare anche semplicemente 'ricevere' (oltre che 'accettare'), laonde nel ricevere (la formula) non è implicita alcuna idea di estrinsecazione di volontà. Non valgono quindi i testi in cui si parla di *iudicium* che

accipitur tra colui che agisce e colui contro il quale si agisce (ll. 2 § 4, 25 § 4, 54 D. 10, 2; 28 § 11 D. 36. 1, ecc.); non quelli in cui si afferma che il pupillo abbia bisogno, per l'accipere, di un auctor (l 55 D. 21, 2; l. 2 pr. D. 26. 7 ecc.); non quello in cui si parla del convenuto che 'moram fecerit in iudicio accipiendo' (l. 26 § 4 D. 9. 4); perocchè in tutti l''accipere' non esprime un' *azione* del convenuto, una *attività*, quale si richiede nell''accettare', anche se in qualche caso (l. 23 D. 46, 3) l''accipere iudicium' è parificato ad un atto positivo, ad una *attività* del convenuto, come potrebb'essere la *solutio*.

2° Non dall'uso di termini quali il '*convenire*' e il '*consentire*' potendovi bensì essere accordi in cui si conviene dalle parti nel corso del processo, ma occorrendo sempre, perchè tali espressioni sieno invocabili a favor della natura contrattuale della *contestatio*, che gli accordi cadano precisamente sulla *litis c.* E son perciò da porre fuori di discussione i testi addotti dal Wlassak (l. 5 § 4 D. 6. 1: 'si de corpore conveniat, error autem sit in vocabulo'; l. 13 D. 10. 3: 'si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim') e dal Bekker (l. 83 § 1 D. 45. 1: 'de alio sentiam, tu de alio... semper negabit reus se consensisse'; l. 61 D. 5. 1: 'semper ne condemnetur hoc dicet non convenisse'), avendosi qui soltanto dichiarazioni di fatto (*Wissenserklärungen*) non manifestazioni di volontà (*Willenserklärungen*). E parimenti quelli che si riferiscono a speciali accordi che possono intervenire durante il processo, o per prorogarlo, o per rinunciare all'azione, o per compiere una transazione, e così via.

3° Non dall'uso del termine '*contrahere*' di cui nella l. 3 § 11 D. 15. 1 ('nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi'), nella l. 5 § 2 eod. ('quasi contractum sit'), in Cic. de leg. 3. 3. 6 ('lites contractas iudicanto'), in Val. Mass. 8, 3, 2 ('prompta ad lites contrahendas'), perchè 'contrahere' si adopera anche per designare un negozio giuridico unilaterale ('essere obbligato').

4° Non dalla scelta del giudice che le parti avrebbero fatto d'accordo, poichè il convenuto come non poteva impedire il rilascio della formula a favor dell'attore (etiam in invitum redditur), così non poteva impedire la nomina del giudice, essendo a lui concesso soltanto sotto il vincolo del giuramento di ricusare (eierare) quello che fosse stato scelto: il qual vincolo rappresenterebbe una grave restrizione alla libertà di scelta, su cui appunto dovrebbe riposare il principio contrattuale.

5° Non dalla potestà che ha il magistrato di imporre al convenuto l'accettazione del giudizio (iudicium accipere cogam).

È ben vero (osserva lo Schott) che una costrizione non si può rivolgere se non contro una volontà, e che perciò questo può apparire argomento decisivo. Ma (soggiunge) se si considerano i casi in cui di tale costrizione fanno cenno le fonti, se ne deve dedurre che essa era eccezionalmente imposta in quelli soltanto nei quali un diverso contegno del magistrato avrebbe portato a conseguenze assurde o inique. Così ad es. pel *procurator*, dacchè il non costringerlo ad accettare il giudizio avrebbe condotto a far considerare siccome indefensus non lui, ma il dominus, scaricando ingiustamente sopra quest'ultimo i danni e ogni altro effetto nascente dalla indefensitas; così pel caso del *legatus*, che essendo esente dalla giurisdizione del pretore avrebbe potuto sottrarsi a qualunque giudizio, laonde per esso il pretore non aveva che il rimedio di trattarlo come indefensus; e similmente per altre anuloghe situazioni. In ogni altro testo che faccia menzione di codesto '*cogere*' o '*compellere*' riferito a convenuti in posizioni non eccezionali (e questi testi non sono frequenti), manca la prova che si tratti di una costrizione ad accettare la *contestatio litis*, restando pur sempre indimostrato che l'' accipere iudicium ' esprima un *animus* di accettare, una volontà del convenuto, senza della quale non può farsi ricorso al concetto del contratto.

6° Non dall'attestazione delle fonti che ' accipere iudicium ' sia elemento del ' recte defendi ', sebbene qui nell'' accipere ' sia da riscontrarsi un alcunchè di attivo nella condotta del convenuto; e da vari altri elementi, che qui possono trascurarsi.

Ciascuna di queste prove non vale, in sostanza, per attribuire natura contrattuale alla *c. litis*, potendo di fronte ad ognuna di esse la *c. litis* considerarsi, senza difficoltà, siccome un atto unilaterale. E tuttavia il principio contrattuale rimane saldo. Per rintracciarlo devesi far ricorso all'atto stesso dell''edere et accipere ', pel quale solo poche tra le fonti attestano la natura di un atto bilaterale, con vera e propria estrinsecazione di volontà. Dove questa attestazione si ha, la prova è decisiva: lo è sopratutto nella l. 9 § 3 D. 4. 3 (' neque Titius *velit* iudicium accipere '), nella l. 83 § 1 D. 45, 1 da cui appare che Aristone vedeva un contratto nel iudicium, in Cic. *in Verr.* 3, 22, 25, *pro Quinctio* 20, 63-64 e 26, 83-84. Gli elementi che qui si riscontrano sono siffatti

da potersi sopra di essi con sicurezza fondare il concetto d'un contratto per accordo delle due volontà caduto sulla formula: l'' accipere ' in altri termini qui non è riferito al processo in generale, ma precisamente alla formula.

Ora, quando pur le testimonianze si debbano ridurre a queste sole (e di alcune delle affermazioni dello Schott, ad es. della negata importanza del ' contrahere ', io credo che si possa a ragione dubitare), non v'è modo per distruggere anche queste ultime; nè lo Schlossmann v'è, a mio avviso, riuscito.

L'affermazione di lui che nei litiganti e precisamente nel convenuto manchi quella libera scelta che v'ha in chi si propone di contrattare, è esatta se si pretendesse di parificare il processo ad un contratto; non lo è più ed è anzi contraddetta dalle fonti, se si penetri nello spirito e nel significato vero che il principio del contratto giudiziale ha pei fautori di esso. Il carattere arbitrale che originariamente ebbe il processo romano, e che permase anche dopo come suo fondamento sostanziale, è quello che devesi tener presente per intendere nel suo giusto valore il significato del principio in discorso. Devesi cioè tener presente, come ben insegna il Lenel (*Sav.-Stift.* XXIV, p. 342), che il processo romano non è sorto su un originario esercizio dell'attributo di giudicare dei re, ma è il derivato di un sistema processuale di composizioni, ove il giudice non è che l'arbitro il quale dirime la contesa tra le parti che sonosi a lui rivolte, ed il magistrato l'intermediario munito di autorità; laonde la *contestatio litis* non è storicamente nient'altro che ' il surrogato del patto di composizione '.

E allora la libertà del convenuto di regolare la propria condotta nel processo non può più confondersi con la libertà di chi contrae: essa non consiste già in ciò che il convenuto possa sottrarsi alle conseguenze del processo contro di lui intentato, ma piuttosto nel rifiutarsi di stare in giudizio e d'esser quindi colpito da un giudicato, salvo a rimaner sottoposto quale indefensus agli altri rimedi coercitivi, mediante i quali il pretore per altra via riusciva a dar soddisfazione all'attore (cfr. Schott, p. 76).

Di qui discende che la critica fatta al notissimo fr. 9 § 3 D. 4. 3 dallo Schlossmann, che pur non sa dissimularsene la grande importanza, è affatto deficiente. Perocchè il dire che la facoltà di non ac-

cettare il giudizio manca nel convenuto a cagion delle gravi conseguenze che lo colpiscono, vale precisamente riconoscere che questa libertà c' è, mentre altrimenti quelle conseguenze non si produrrebbero. Certo esse dovevano agire ed agivano infatti in via indiretta (si pensi al pericolo dell'esporsi all'azione di dolo con la infamia che ne consegue) per costringere il convenuto ad accettare il giudizio: ma non perciò la facoltà di non accettarlo faceva difetto Sta il fatto che il convenuto, esponendosi alla sanzione di una *missio in bona* o di un altro rimedio straordinario, poteva pur sempre rendere impossibile il giudizio col ricusare l'accettazione della formula. E come lui colpivano questi rimedi, tra i quali ha somma importanza la esecuzione diretta sui beni, così la *denegatio actionis* colpiva l'attore, se da questo moveva il rifiuto.

La nascita della nuova obbligazione processuale, la consumazione dell'azione - vale a dire gli effetti fondamentali della *c. litis* - discendono adunque da una dichiarazione di volontà, dall' accordo di due volontà, che son quelle delle parti e che si estrinsecano, tacitamente o espressamente, nel momento in cui si forma l'accordo sulla redazione della formula

Nè io direi, come vuole il Bekker (*Sav.-Stift.* XXIV, p. 364) che la dichiarazione di volontà sia quella del magistrato, perchè la formula sarebbe processualmente espressione della volontà magistratuale, sia pur che a fissarla nella sua forma definitiva abbiano *contribuito* le parti. Parmi invece che il rapporto sia precisamente l' inverso; che la fissazione della formula fosse innanzi tutto opera dei contendenti, i quali con le reciproche deduzioni ne provocano la redazione in termini più o meno diversi; e che l'opera del magistrato si limitasse (come giustamente osserva il Lenel, p. 340) a guidare i litiganti e ad additar loro le norme e i termini per fissarla in modo conforme alle disposizioni del diritto.

L' opera del magistrato interviene nuovamente quando si tratta di rilasciare la formula: è atto suo la concessione della formula all'attore, col rinvio delle parti al giudice. Ma quando la formula è rilasciata, incombe all'attore l'obbligo di farla accettare dal convenuto, al convenuto quella d'accettarla. Ed è qui appunto che ha luogo la duplice manifestazione di volontà, su cui s'asside il principio contrattuale.

ROBERTO DE RUGGIERO.

NOTIZIA DI NUOVI MANOSCRITTI E STUDI

SUL

LIBRO SIRIACO-ROMANO

delle "Leggi di Costantino, Teodosio e Leone"

Il Mitteis, nella sua ultima pubblicazione (*über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuchs*), ci annuncia la nuova scoperta, e ne tratta con linee nuovissime e con deduzioni assai interessanti, se non certe.

Credo cosa non del tutto inutile esporre sommariamente le ricerche e gli studi ultimi dell' illustre romanista sull'argomento, facendo precedere un cenno riassuntivo dei risultati prima ottenuti, ed aggiungendo alcune considerazioni, nelle quali però non si deve vedere un tentativo di discussione, assolutamente fuori di posto, ma solo una serie di quesiti non completamente soddisfatti ed ai quali l' ingegno e la dottrina del Mitteis potranno dare una più esauriente risposta.



Tutto quello che sino a pochi giorni fa si sapeva sul cosidetto libro di diritto siriaco-romano, e il concetto che se ne aveva, si può riassumere brevemente.

Il libro è una compilazione a sè stante, la quale porta impropriamente il nome di *Leggi dei re vittoriosi e cristiani Costantino, Teodosio e Leone*, non contenendo che pochissime delle costituzioni di questi imperatori. È un lavoro per natura essenzialmente pratico e dovette certo servire alle episcopales audientiae, benchè non sembra fosse quello il suo scopo originario, pur essendo opera uscita dalla Chiesa. Il Bruns non vi trova assolutamente traccia di ordine o si-

stema, il Ferrini invece ha accennato ad un po' di sistema che si riscontrerebbe nelle versioni posteriori.

Risulterebbe composto nel 476 o nel 477, durante il governo dell'usurpatore Basilisco o subito dopo, da considerazioni assai convincenti su alcune delle norme contenute e dal favore che il libro godè presso i Monofisiti, i quali furono protetti solo da Basilisco e perseguitati dagli altri imperatori.

Fonti del libro non poterono certo essere opere classiche di diritto e nemmeno i codici Teodosiano, Gregoriano ed Ermogeniano, non solo perchè non vi sono citati, ma anche perchè alcune delle loro disposizioni si trovano in contradizione con quelle del libro. Il Bruns ammette solo la possibilità che il compilatore si sia servito di qualche commento greco della scuola di Berito ai giuristi romani, ma crede di trovare una fonte sicura e principale nella pratica personale dell'autore medesimo e nella sua conoscenza degli usi siriaci. Il Ferrini invece ha creduto di riconoscere come fonte del libro, qualche compilazione greca dei quattuor libri singulares e del codice Teodosiano.

Nell' intestazione di uno dei manoscritti che possediamo, il londinese, è detto che queste leggi furono tradotte dal greco in siriaco, e questo risulta senz'altro evidente dal gran numero di termini tecnici greci accolti nel manoscritto, non tradotti ma solo scritti con caratteri siriaci. Ma anche l'originale dovette essere scritto in greco, perchè se il libro fu scritto in Oriente, era naturale che lo fosse nella lingua ufficiale non solo dello Stato, ma anche della Chiesa, e l' ipotesi d'uno scrittore occidentale fu sinora senz'altro esclusa dall' indole, dall'esposizione, dalla povertà del lavoro, dalle norme contenute, dalle espressioni adoperate. E tutti questi caratteri sono talmente collegati con l'essenza del libro, che non è possibile crederli sorti con un rifacimento greco, ma appaiono inerenti alla sua natura.

Però i motivi che ci portano all'esclusione della possibilità di un autore latino del libro, sono sufficenti anche ad escludere la possibilità di un autore greco e quindi l'origine del libro va ricercata nel popolo stesso che lo adottò e se ne servì per parecchi secoli.

L'autore fu dunque siriaco, ma non potè essere un giurista per la ignoranza che dimostra sulle fonti del diritto romano e per la povertà e la deficenza dell'esposizione e del lavoro; dovette essere un ecclesiastico non molto versato nel diritto romano e perchè anche un ec-

clesiastico poteva prefiggersi lo scopo di comporre un'opera giuridica e perchè solo un tale ecclesiastico poteva sostenere che la legge di Mosè fu la prima di tutte e servì di modello a tutte le altre. Inoltre si consideri che il libro tratta in prevalenza dell'eredità e del matrimonio, le materie che più interessano la Chiesa, ed accorda al clero privilegi maggiori di quelli effettivamente concessi dagli imperatori.

Il libro resistè vittoriosamente alla legislazione giustinianea, perchè più comodo, più facile e più nazionale, e dopo la conquista araba diventò con ogni probabilità il codice della giurisdizione vescovile, ufficialmente riconosciuta dai califfi. Servì poi come fonte alle posteriori legislazioni siriache di Bar Hebraeus e di Ebed Jeshu (XIII secolo) ed estese la sua influenza a Mezzogiorno e ad Oriente; a Mezzogiorno sino in Etiopia con le versioni arabe e l'incorporamento nei Nomocanoni di Ibn al Assal e di Macario e con la traduzione in etiopico del primo di questi Nomocanoni; in Oriente, prima in Armenia con le versioni armene e l'incorporazione nella legislazione armena di Mechitar Kosch, poi in Georgia con l'incorporazione nella legislazione di Wachtang.

Il libro è stato oggetto di molti ed accurati studi a partire dal Land, il quale lo rimise alla luce nella sua vera essenza. L'opera fondamentale sinora è quella di Bruns e Sachau i quali adottarono il piano di Rudorff, Rödiger e Petermann e pubblicarono le varie versioni con traduzioni tedesche e commenti. Anche il Ferrini ci ha dato la traduzione latina di uno dei manoscritti siriaci nonchè nuove ed importanti considerazioni sul libro; il Mitteis poi brillantemente dimostrò che il diritto ereditario intestato in esso esposto, deriva dal diritto greco e non già dal giudaico, o dall'arabo, o dal mesopotamico.

Questa è a grandi linee la posizione che il libro aveva sino a poco tempo fa; ora il Mitteis ci annuncia la scoperta di tre altri importanti manoscritti siriaci, e da questa scoperta trae conclusioni tutte nuove e della massima importanza.

✠

I nuovi manoscritti sono stati scoperti nella biblioteca Vaticana dal Sachau, il quale li ha subito tradotti. Sono riuniti in un solo codice e copiati nel XIX secolo, il testo ha alcuni guasti ma è intelli-

gibilissimo e concorda in generale coi manoscritti già noti; contengono qualche paragrafo nuovo ed hanno di particolare: il primo (*R I*) delle glosse persiane, il secondo (*R II*) la data dell'opera, fissata al 517 dell'èra di Antiochia (468), il terzo una nuova intestazione, nella quale si dice che quelle leggi furono raccolte da Ambrogio confessore (sant'Ambrogio) per comando di Valentino (Valentiniano I).

1. Prima di esaminare i codici nuovi, il Mitteis considera ancora gli antichi, cioè i quattro (*L*, *P*, *Ar*, *Arm*) pubblicati, tradotti e commentati da Bruns e Sachau. Considerando l'ordine delle disposizioni di ciascuno dei manoscritti, questi appaiono distinti in due classi le quali rappresentano due distinti periodi della letteratura siriaca di traduzione

Nella prima di queste classi (*L*) manca qualsiasi ordine o sistema, e siccome il Bruns concentrò tutta la sua attenzione sull'unico codice che la forma e che è il più antico di tutti, fu portato a dire che anche gli altri codici sono disordinati e senza sistema[1]). Invece il Ferrini notò nel codice parigino (*P*) un certo ordine, e quest'ordine è seguìto anche dall'arabo (*Ar*) e dall'armeno (*Arm*). Il Mitteis spinge più avanti le sue investigazioni e ci da l'esposizione del sistema della seconda classe (*P*, *Ar*, *Arm*), il quale appare più specialmente in *P*.

In questo sistema si hanno sei gruppi principali:

1° eredità	*P 1-17*	*Ar 1-19*	*Arm 1-13*
2° schiavitù	*P 18-36*	*Ar 20-43*	*Arm 15-38*
3° matrimonio e dote .	*P 38-67*	*Ar 44, 47, 48, 51-90*	*Arm 45-90*
4° patria potestas . .	*P 68, 69, 72, 73*	*Ar 92-94, 99-103*	*Arm 92-94, 98-102, 109-114*
5° diritto penale . . .	*P 74, 75*	*Ar 105-108, 119-123*	*Arm 103-106, 113-122, 127*
6° obbligazioni	*P 76a-82*	*Ar 45-48*	*Arm 39-42, 123-150*

Nel primo gruppo si trova un cenno sulla tutela, necessario a preparare i poco giuristi lettori alle disposizioni testamentarie che vengono dopo sulla tutela, le quali, secondo il Mitteis, non devono però aver appartenuto alla primitiva redazione dell'opera. Analogamente si spiega la presenza delle disposizioni per l'autorizzazione al tutore di vendere, per la revoca delle donazioni e per l'excusatio dalla tutela.

[1]) La preferenza del Bruns per il codice *L* e non per *P*, è spiegata dal fatto che i codici *Ar* ed *Arm*, se non nell'ordine, seguono nella materia *L* di preferenza a *P*.

Nella schiavitù si ha un cenno sulla compera, come introduzione all' argomento della compera degli schiavi, e per attrazione si parla dell'emancipazione dei figli dopo l'emancipazione dei servi.

Nel terzo gruppo, dopo considerato il caso della morte di uno dei coniugi, si parla delle spese funerarie, e forse relativamente al coniuge morto; infine si ha il diritto ereditario della vedova.

La patria potestas è trattata assai imperfettamente, perchè male compresa e poco praticata in Siria.

Nelle obbligazioni è inclusa la trattazione della prescrizione trentennale e qualche norma di procedura.

Norme di diritto ecclesiastico si hanno in *P 83*, *Ar 49-50*, *Arm 42-44*, ed in coda ai codici *Ar* ed *Arm* si ha la trattazione di alcune materie eterogenee.

Nel codice *L*, che considerato da sè appare senza traccia d'ordine, dopo lo studio del sistema degli altri tre codici, si vede riprodotto lo stesso sistema, però spezzato e confuso.

Qui il Mitteis si pone il quesito se la seconda classe dei manoscritti sia derivata dalla prima e quindi il disordine di *L* si trovasse anche nell'originale, o se la seconda classe sia derivata dall'originale non pel tramite di *L*, e quindi il disordine di *L* sia caratteristica sua, dovuta al traduttore. A tale quesito il Mitteis risponde dopo l'esame dei nuovi manoscritti.

2. Dall'esame dei nuovi manoscritti il Mitteis deduce:

RI presenta lo stesso sistema della classe *P*, benchè sia più incompleto; infatti abbiamo: 1° eredità *1-12*, 2° schiavitù *13-29*, 3° matrimonio e dote *31-43*, 6° obbligazioni *49-58*.

RII è molto simile ad *Ar* e contiene molti paragrafi contenuti in *Ar* ed *Arm*, ma non in *L* e *P*.

RIII, meno piccole differenze, è la riproduzione di *L*.

Le due classi di manoscritti risultano quindi così formate: 1ª classe: *L*, *RIII*, 2ª classe: *P*, *Ar*, *Arm*, *RI*, *RII*.

Siccome nella seconda classe si hanno disposizioni di diritto pregiustinianeo, non contenute in *L* (come in *P 81* riguardo alle eredità che pervengono ai figli di un uomo ed in *RI 54*, *RII 147* riguardo alla limitazione dell'interesse al 12 %), il Mitteis conclude che essa non è derivata da *L*, ma dall'originale per altra via, e che quindi è da credersi che la mancanza di sistema di *L* sia peculiare alla sola

sua classe, e che nell'originale dovesse aversi lo stesso sistema che troviamo nella classe *P*.

3. Dopo aver riesaminato i vecchi codici ed esaminato i nuovi, il Mitteis trae le sue nuove deduzioni sull'origine, il tempo, le fonti del libro, sul luogo in cui sorse, sullo scopo, sullo sviluppo, sulle vicende.

I. In *RIII* si trova che la paternità del libro è attribuita a sant'Ambrogio, e questa asserzione è confortata da una notizia che troviamo in Ebed Jeshu (*De divisione hereditatum*), secondo la quale sant'Ambrogio compose delle leggi per ordine di Valentiniano. Ma nessun'altra notizia viene ed avvalorare questa asserzione, come invece dovrebbe essere, trattandosi di una simile personalità; d'altra parte non è poi cosa da respingersi alla leggera, perchè sant'Ambrogio, nel suo periodo di vita laicale, dovette essere molto al corrente delle cose di governo ed in ottime relazioni con Valentiniano I, tanto da essere cosa assai possibile che l'imperatore gli affidasse lo incarico di raccoglier delle leggi. Di certo non si può dedurne che la esistenza in Oriente di una tradizione la quale riconosce in sant'Ambrogio l'autore del libro siriaco, ma nella notizia, secondo il Mitteis, ci deve essere un nocciolo di verità: la contemporaneità dell'opera e del santo.

II. Che il libro sia stato composto nel IV anzichè nel V secolo, è sostenuto dal Mitteis essenzialmente in base a considerazioni sul contenuto del libro stesso. Ecco i suoi argomenti:

In *L 16, 61* troviamo l'anno vedovile di 10 mesi e non di 12, come avevano ordinato che fosse Graziano e Valentiniano II nel 381. E non può aversi un errore di scrittura nell'originale, perchè la cifra è riportata in due passi diversi e la si trova anche in Ebed Jeshu.

In *L 45* per il testamentum posterius imperfectum, bastano tre soli testi e non occorre che sia fatto a favore degli eredi intestati e davanti a cinque testi, come aveva disposto Teodosio II nel 439.

In *L 65* è vietato al preside di una provincia di far acquisti nella sua provincia. Questa proibizione, la quale risale ai tempi della repubblica, fu ripetuta da Valentiniano I nel 365, ma fu tolta da Valentiniano III nel 451. E non potè averla ristabilita Giustiniano, perchè in *Arm 108* troviamo la disposizione in tutto conforme a quella di Valentiniano III.

In *L 17* è vietato agli infami diventar sacerdoti, ed il Ferrini notò già per il primo che qui ci si deve riferire ai sacerdoti pagani, perchè sono designati con un termine mai adoperato per indicare i preti cristiani; e questa disposizione è più ammissibile in un'opera del IV anzichè del V secolo.

In *L 35*, *36* si dice che i figli di moglie senza φερνή non hanno il diritto di ereditare dal padre assieme ai figli di un'altra moglie con φερνή. Ora se in questa moglie indotata si vuol vedere una concubina, convien ricordare che Valentiniano I fece concorrere i figli di concubina all'eredità paterna per $^1/_{12}$, Ma forse questi paragrafi riguardano una specie di ἄγραφος γάμος [1]), il quale era in vigore in Siria.

Da quanto precede, il Mitteis conclude che il libro fu scritto nel IV secolo e forse nel 371. Non prima però, perchè in *L 49* abbiamo una disposizione riguardante colui che accolga lo schiavo altrui, la quale corrisponde, non però nella sanzione, ad una legge di Costantino del 317 e ad una di Valentiniano I e Graziano del 371.

III. Già prima (*Reichsrecht und Volksrecht*) aveva il Mitteis sostenuto che l'autore del libro doveva avere usufruito, direttamente od indirettamente, di un antico sistema di diritto romano. Anzitutto troviamo delle norme le quali non sono che la riproduzione di quelle delle dodici tavole, ed anche questo ci indurrebbe a ritenere il libro composto nel IV secolo, poichè non è raro nel IV secolo veder riportato diritto delle dodici tavole; anche nella Collatio abbiamo l'esposizione gaiana dell'antico sistema intestato civile.

In *L 3* il figlio emancipato è escluso dall'eredità paterna intestata.

In *L 102* nell'eredità del marito, rispetto ai figli, sororis loco est etiam mater.

In *L 79* il Ferrini già riconobbe la stessa disposizione che si ha nelle dodici tavole per il furtum lance et licio quaesitum.

In *L 77* i ladri notturni sono puniti di morte, i diurni con altra pena.

In *L 12, P 5* si ha la trattazione dell'in iure cessio hereditatis come nell'antico diritto.

[1]) Invece l'ἄγραφος γάμος (vedi il diritto egizio) è più probabilmente da ravvisare nel matrimonio con παρρησία (*L 93*) il quale non impedisce i figli dall'ereditare il padre.

Dopo la determinazione di questi elementi arcaici del libro, il Mitteis confronta il sistema del gruppo *P* col sistema di Sabino, quale fu ultimamente esposto dal Lenel, e conclude che l'accordo, quantunque incompleto, dei due sistemi, fa sì che non si debba assolutamente respingere l'ipotesi che l'uno abbia servito di base all'altro.

E difatti i due sistemi sono concordi non solo nella divisione in gruppi, ma anche nell'ordine; cominciano ambedue col diritto successorio, poi la schiavitù del siriaco si può far corrispondere alle disposizioni di Sabino sui soggetti alla potestà altrui, sugli statuliberi, sui liberti, il diritto dotale all'ius dotium, il diritto penale al gruppo de furtis, de lege Aquilia, de damno infecto, de iniuriis, le obbligazioni al gruppo de condictione, de litterarum ac verborum obligationibus, il *P 83*^{b} al de servitutibus ed *Arm 131, 133, 134* alla fiducia. Nel libro siriaco però abbiamo la patria potestas messa molto più avanti che non in Sabino, ed in Sabino troviamo i trattati de societate et communione, de tutelis (che nel siriaco è svolto solo a proposito del diritto ereditario), de actione in rem, de usucapione, de aqua pluvia arcenda, de fluminibus publicis, de postliminio, i quali mancano nel libro siriaco[1]).

IV. Dopo queste osservazioni, il Mitteis sostiene che non si può più escludere senz'altro la possibilità che il libro sia stato composto in Occidente; per lui l'orientalità del libro può anche essersi prodotta dopo il suo passaggio in Siria, come d'altra parte anche un autore orientale poteva aver usufruito di fonti classiche. Se si dovesse aspettare più classicità in un'opera composta in Italia[2]), perchè non la si dovrebbe pretendere anche in un'opera composta in Oriente Le versioni che abbiamo sono certamente tutte derivate da un testo greco, basti a convincere se non altro la terminologia, ma questo testo può anche esser stato tradotto dal latino ed il traduttore aver aggiunto tutti quei caratteri di forma e di contenuto, i quali non si concilierebbero con l'origine latina dell'opera.

[1]) Anche il sistema di C. Cassio Longino offre molta analogia con quello del libro siriaco; si noti che in esso la tutela e la dote sono trattate in relazione all'eredità e si rammenti che nel libro siriaco la tutela è trattata subordinatamente all'eredità e il diritto ereditario della vedova segue la trattazione della dote.

[2]) Si noti bene che dalla cultura occidentale di quel tempo ben poco di classico si poteva aspettare; vedansi ad esempio la legge delle Citazioni e la Collatio legum mosaicarum et romanarum.

V. Riguardo allo scopo del libro, è inverosimile che sia stato quello di servire alle episcopales audientiae [1]), perchè se anche fu sant'Ambrogio a comporlo, lo fece quando ancora pagano, e se fu un ecclesiastico, la disposizione riguardante i sacerdoti pagani è incompatibile in un libro destinato ai tribunali ecclesiastici. Può darsi che Valentiniano I abbia fatto iniziare i lavori di una codificazione di diritto e che questi lavori, divenuti vani con la sua morte, abbiano tuttavia trovato applicazione e diffusione. E non può escludersi che nel v secolo questo libro fosse adibito alle episcopales audientiae, e quindi venisse a tale scopo rimaneggiato.

Se non fu un ecclesiastico l'autore, manca al disordine di *L* lo scopo plausibile di rendere il libro più accessibile agli incolti prelati, analogamente a quanto troviamo nei papiri per la giurisdizione laica in Egitto.

VI. Secondo il Mitteis, il libro aumentò continuamente di mole per le aggiunte successive, fatte allo scopo di tenerlo parallelo alla legislazione, aggiunte le quali avvennero parte prima e parte dopo l'epoca di Giustiniano.

Dallo stesso titolo: Leggi di Costantino, Teodosio e Leone, risulta che alla prima redazione del libro furono aggiunte leggi di Teodosio e di Leone, e siccome Costantino fu l'imperatore che riconobbe il Cristianesimo, furono presi questi tre nomi per formare il titolo che figura su tutte le versioni sinora note.

La data 468 che compare in *R II*, significa che in quell'anno si ebbe una nuova redazione del libro, prima della quale se ne poterono aver altre, ad una delle quali furono aggiunte alcune disposizioni di Teodosio. Alla redazione del 468 dovette posteriormente essere aggiunta la disposizione emanata da Leone nel 472 sull'arrha sponsalicia, che compare in *P 46* ed *R II 57*.

Nei codici della classe *P* si riscontrano parecchie aggiunte postgiustinianee:

In *P 40* il rapporto della dos alla donatio corrisponde a quello della Novella 97 di Giustiniano [2]).

[1]) Perchè anche la materia lasciata dagli imperatori alla giurisdizione di questi tribunali era molto più limitata di quella contenuta nel libro.

[2]) Si noti però che qui il libro parla di usanze, le quali potevano benissimo aversi anche prima che Giustiniano le cambiasse in leggi.

In *R II 127* abbiamo la disposizione giustinianea relativa allo spatium deliberandi ed alla dilazione per l'inventario dell'eredità.

In *Ar 43* ed *Arm 38* è dichiarata invalida l'emancipazione non eseguita in facie Ecclesiae.

Anche in *L* troviamo qualche disposizione di diritto giustinianeo, la qual cosa ci porterebbe a fissare la data di questo manoscritto un po' più tardi di quello che stabilì il Sachau con criterî paleografici (510-520), e precisamente:

In *L 3* è descritta l'emancipazione giustinianea (C. I. 8, 47, 11, anno 530), però non è questo un argomento molto decisivo, dal momento che sappiamo come già nel 378 l'adozione avvenisse senza l'antico circuito delle tre emancipazioni e due mancipazioni.

In *L 6* è trattata la tutela del nonno materno, la quale comparve solo nel 543 con la Novella 118 di Giustiniano. E non è sostenibile la ipotesi che qui si tratti di tutela autoritativa e non legale, perchè il nonno materno è obbligato a dar garanti.

Dunque, a dire del Mitteis, il codice *L* fu assai probabilmente scritto dopo il 543.

Per il diritto ereditario intestato, la parte più caratteristica del libro, il Mitteis afferma senz'altro che non è parte originaria dell'opera, perchè interi suoi paragrafi (*L 102, 3*) sono tali e quali si trovano esposti nelle dodici tavole. Però non potè essere aggiunto che prima di Giustiniano, dal momento che lo troviamo immutato in tutti i codici, i quali cominciarono a divergere appunto dopo Giustiniano. Nell'ipotesi che il libro sia stato scritto in Occidente, il diritto ereditario intestato gli fu certo aggiunto quando passò in Oriente.

Già prima (*Reichsrecht*) il Mitteis dimostrò che questo diritto è greco, come risulta anche dalla terminologia; insussistente è l'ipotesi del Voigt che si tratti di diritto mesopotamico. Il Dernburg avanzò l'ipotesi che questo diritto sia stato introdotto nel libro mediante l'editto provinciale, ma anche senza questa ipotesi si può ammettere che la incorporazione ne sia avvenuta fuori dello Stato romano, in una colonia greca già separata dall'impero.

VII. Il Mitteis respinge l'asserzione del Bruns che il libro abbia resistito vittoriosamente in Siria alla legislazione giustinianea; respinge parimenti l'asserzione del Voigt che esso sia sorto fuori dell'impero,

in una provincia che da poco se ne era staccata, come la Mesopotamia, passata nel 363 sotto la dominazione persiana.

Il libro non respinse la legislazione giustinianea, perchè questa in qualche modo dovè funzionare anche in Siria, finchè vi durò la dominazione romana; d'altra parte non potè sorgere sotto la dominazione persiana, poichè allora non avrebbero potuto in seguito esservi aggiunte le leggi di Teodosio e di Leone, come leggi che in Persia non avevano nessun valore. Dunque solo dopo l'aggiunta di tali leggi può il libro essere passato in Mesopotamia.

Il più probabile si è che il libro sia stato soffocato da Giustiniano, ma che poi sia risorto e si sia amplificato ed esteso fuori dell'impero. In seguito il libro potè anche ritornare entro i confini dello Stato romano ed esservi tollerato limitatamente alla giurisdizione episcopale. Questa ipotesi del ritorno nel paese d'origine è avvalorata dalla disposizione sul beneficium inventarii contenuta in *R II 127* e che appare di diritto positivo e valido rispetto a colui che la inserì nel libro.

I nuovi paragrafi dell'opera, comparsi coi nuovi manoscritti scoperti, contengono anche un regolamento della cosa trovata, totalmente eterogeneo al diritto romano; sarebbero quindi stati aggiunti al libro nella sua permanenza fuori dei confini dell'impero.



Nel lavoro del Mitteis, seguono il testo, la traduzione, il commento dei nuovi paragrafi e delle osservazioni su paragrafi già contenuti nei manoscritti prima noti, ma che deviano da questi o che devono avere una interpretazione diversa da quella attribuita loro dal Bruns.

In *R I 54* ed *R II 147* l'interesse è limitato pel denaro al 12 %, pei generi in natura ad $^1/_4$. In *P* ed *Ar* non si hanno disposizioni relative all'interesse ed il Brassloff sostiene che questo sia per il divieto imposto dalla Chiesa ad esigere interessi; in *P 82* si dovrebbe poi ravvisare una norma la quale fornisce il modo di eludere il divieto. Questa ipotesi del Brassloff non è infirmata dai due nuovi paragrafi, poichè in *R I* ed *R II* non appare nessuna disposizione analoga a *P 82*, la quale faccia supporre l'esistenza di questo divieto, il quale divieto può essere in seguito caduto. Riguardo all'interesse

di $^1/_4$ per i generi in natura, non si trova nulla di simile che presso Hieronimus in Ezechiel; a partire da Costantino si aveva $^1/_2$, con Giustiniano si ebbe il 12%.

In *RI55* ed *RII118* all'inventore è lasciato $^1/_4$ della cosa trovata, se la consegna volontariamente o, dietro richiesta, ne permette il riconoscimento. In *RI58* se più trovano la stessa cosa, va egualmente partito fra loro il premio, se la trova chi vien dopo al primo, il premio va a lui ed a quelli che seguono, se l'ultimo, il premio è tutto suo. Questo è un diritto completamente nuovo; in diritto romano l'inventore non diventa mai proprietario di parte della cosa trovata. Non può qui trattarsi di tesoro, perchè si suppone che la scoperta avvenga sulla strada (*RI58*), eppoi l'aliquota di $^1/_4$ non corrisponde a nessuno dei vari momenti della legislazione sul tesoro.

In *RI57* si trova che nei processi, i quali si decidono mediante un giuramento, colui che riconosce di aver falsamente giurato, non può più ritornare sul suo giuramento. Questa disposizione si può solo spiegare ammettendo che si tratti del iusiurandum in litem e che si tratti di una persona che abbia giurato e che poi voglia sostenere di aver giurato per una somma troppo piccola o per un facere troppo esiguo (poichè qui si ha il riguardo ad un giudizio su di una cosa o su di una azione); però si noti che non è questo un processo che si decida mediante un giuramento.

In *RI59* si ha che se al depositario è rubato il deposito, egli solo può agire contro il ladro, non già il depositante, il quale può solo rivalersi sul depositario.

In *RI63* è disposto che la moglie, la quale abbia il marito prigioniero di guerra, può rimaritarsi solo dopo averlo aspettato per 10 anni; se il marito è assente e non se ne ha notizia, lo deve attendere 7 anni, se il marito è assente, ma seguita da lontano a pagar le tasse per la moglie, questa deve aspettarlo per 15 anni se ha figli, 7 soli se non ne ha. Queste disposizioni sono tutte nuove pel diritto romano; prima con Costantino, se il marito era in guerra, la moglie poteva rimaritarsi quando fossero trascorsi 4 anni senza sue notizie; con Giustiniano questo termine fu portato a 10 anni. Se poi il marito era prigioniero di guerra, allora si aveva la capitis deminutio; però anche in questo caso Giustiniano impose alla moglie di attendere per 5 anni. Il termine di 7 anni compare nelle decretali di Cle-

mente III al vescovo di Saragozza pel caso del marito prigioniero o pellegrino, compare ancora nei diritti municipali del medio evo, ma non si sa di dove venga. Questa disposizione del libro non può derivare dal diritto canonico, perchè l'accenno al pagamento delle tasse ci conduce al diritto laico; verisimilmente il riguardo alle tasse si ebbe con una legge pregiustinianea.

In *R II 127* troviamo un termine di 11 mesi alla deliberazione sull'accettazione di un'eredità Il primo a porre in proposito un termine fisso fu Giustiniano, prima il pretore dava uno spazio di tempo ad arbitrio; di qui risulta evidente come questa disposizione sia una aggiunta postgiustinianea. Ma il termine di Giustiniano era di nove mesi, estensibili ad un anno con speciale consenso dell'imperatore; forse qui sono inclusi anche i 60 giorni accordati per la compilazione dell'inventario, il quale può essere necessario anche a chi dopo decida di rinunciare. Si può opporre che allora dovrebbero essere computati anche i 30 giorni a tempore scientiae, ma questi possono scorrere tutti prima che sia stato chiesto lo spatium deliberandi, e non possono quindi in questo venire compresi. Però è da considerare come dal libro non risulti che lo spatium doveva essere richiesto e non veniva già concesso ipso iure.

R II 158 è un paragrafo assai confuso, il quale tratta dell'invalidità della praepostera stipulatio, eccezion fatta per le doti, secondo quanto dispose Leone. Giustiniano poi tolse questa invalidità per ogni caso.

In *R I 1* (*L 1*, *P 1*, *Ar 1*, *Arm 1*) è detto erroneamente che i genitori (e non il padre) ereditano da colui che muore senza figli.

R I 3, *L 7*, *P 3*^{c}, *Ar 3*, *Arm 5*, tutti i manoscritti concordano, ma il Mitteis osserva che non è completo quanto disse il Bruns sull'argomento. In diritto romano, alla tutela, dopo il fratello vien chiamato il figlio del fratello, ma con lui anche lo zio paterno, mentre nel libro si parla solo del figlio di fratello. È una singolarità del sistema od è una dimenticanza dell'autore?

Per *R I 4*, *L 8*, *P 3*^{1}, *Ar 3*, *Arm 5*, il Mitteis osserva che la tutela dativa è data dal magistrato cittadino e non già dal preside della provincia, come ha affermato il Bruns, seguendo la traduzione del Sachau[1]).

[1]) Il Sachau ha tradotto la parola siriaca *medito* e la parola araba *medine* con *provincia*, mentre significano *città*.

In *R I 8*, *L 30*, *P 11*, *Ar 12*, troviamo che un individuo può porre un mandatario generale per tutta la sua sostanza. Il Bruns si stupisce che questo mandatario sia chiamato ἐπίτροπος, il quale termine in diritto privato è riferito solo al tutore. Ma ἐπίτροπος lo troviamo in Gaio Longino Castor in senso di esecutore testamentario, ed anche qui deve avere questo significato ove si consideri che il passo è compreso nel gruppo del diritto ereditario e che in *Ar 12* a questo mandatario sono affidati anche incarichi di beneficenza, cosa poco compatibile in un contratto tra vivi.

In *R I 13* (cfr. *R II 20*, *L 38*, *P 18*, *Ar 20*, *Arm 14*) si parla di mediatori nel contratto di compravendita, mentre non ne parlano gli altri manoscritti.

In *R I 49* ed *R III 91* abbiamo disposizioni relative ai trovatelli [1]), le quali compaiono solo in *Ar 130* ed *Arm 129* e quindi non sono state dal Bruns illustrate. Nel diritto romano del IV e V secolo si è avuto al riguardo un regolamento molto variato, in questi paragrafi si segue quanto dispose Costantino nel 331. Giustiniano poi nella C. I. 8, 51, 3 dispose che il trovatello rimanesse sempre libero.

Riassumendo, la scoperta e l'esame dei nuovi manoscritti hanno portato il Mitteis:

1° a non escludere più l'ipotesi che l'autore del libro sia stato un latino, se non proprio sant'Ambrogio;

2° a ritenere più probabile che il libro sia stato composto nel IV anzichè nel V secolo;

3° a credere più verisimile che la legislazione giustinianea abbia soffocato e scacciato il libro dalla Siria, nella quale poi sarebbe ritornato, dopo essersi diffuso fuori dell'impero;

4° ad affermare che il libro ha un sistema e segue un certo ordine, pel quale dovette certo servirsi, direttamente od indirettamente, di un'opera e di un sistema di antico diritto classico.

[1]) Questo argomento fu poi molto più diffusamente trattato nel Nomocanone arabo di Ibn al Assal, il quale fu poi tradotto in etiopico col titolo di *fetha nagast*, leggi dei re.

Per accettare la prima conclusione del Mitteis, bisogna ritenere aggiunta alla redazione originale tutta quella parte del libro che non potè essere applicata altro che in Siria, e prima di tutto la sua parte più caratteristica, il diritto ereditario intestato. La sua mole già esigua viene così ad essere ancora ridotta, e non è a credersi che quello che rimane sia solo una parte del libro originario, poichè di quello che mancherebbe dovrebbe pur esser rimasto qualche cosa, se non altro la notizia. Ed a che scopo si doveva fare in Italia, per ordine di un imperatore, un' operetta di poche pagine, e così barbara, così meschina? Il libro scritto in Italia non ha scopo, scritto in Siria lo ha e lo ha tanto che serve mirabilmente a questo scopo per una lunga serie di secoli.

Eppoi come ritenere che la veste orientale del codice, il terminismo giuridico greco, la trascuranza degli istituti romani non compresi o non praticati in Oriente, tutta questa intonazione così caratteristicamente orientale del lavoro sia opera di un traduttore e non di un autore? Ma allora il traduttore fu anche autore, perchè creò un' opera nuova.

In *R II*, come pure in un frammento di Cambridge illustrato dal Wright nel 1887, è assegnata al libro la data dell'anno 517 dell'èra di Antiochia (468). Dunque è tolto ogni fondamento alle argomentazioni del Bruns, secondo le quali il libro fu composto sotto il regno di Basilisco (476) o subito dopo (477); non avendo più valore il termine post quem del Bruns, il Mitteis risale di un secolo. Ma se per caso *R II* ed il frammento di Cambridge fossero derivati da una stessa versione nella quale fosse inesatta la cifra 517? Non sarebbe il primo esempio di cifre inesatte nei manoscritti del libro.

Ma lasciamo le ipotesi vaghe e veniamo agli argomenti del Mitteis per questa anticipazione di un secolo. Essi si basano tutti sul fatto che nel libro sono contenute disposizioni, le quali non vi sarebbero state se il libro fosse stato composto dopo il IV secolo, perchè già abrogate. Ma allora si potrebbe risalire sino al primo editto del pretore dal momento che nel libro i figli emancipati sono ancora esclusi dall'eredità paterna e non si ha menzione alcuna dei peculi del filiusfamilias. Sino al diritto arcaico possiamo risalire per le altre disposizioni che a questo diritto si uniformano e che qui non occorre riportare. E se è vero che nel IV secolo si vedono in Occidente ri-

portate norme giuridiche di alcuni secoli prima, dovrebbe anche ritenersi possibile che in Oriente fossero riportate nel v secolo norme di alcuni anni prima, quantunque abrogate, e specialmente in un paese che non fu molto ligio alla dominazione romana e nel quale l'influenza della giurisprudenza imperiale non doveva avere un effetto sicuro ed immediato.

D'altra parte se l'anno di lutto è rimasto nel libro di 10 mesi, è naturale che così fosse, bastando completamente i 10 mesi allo scopo di evitare la turbatio sanguinis, e se la legislazione di Ebed Jeshu (XIII secolo) lo conservò tale 9 secoli dopo che era stato portato a 12, può averlo lasciato di 10 mesi anche il libro siriaco un sòlo secolo dopo. Per le altre disposizioni citate dal Mitteis, si potrebbe rispondere nello stesso modo; potevano ancora valere in Siria quantunque già tolte dagli imperatori.

Per le aggiunte pregiustinianee e postgiustinianee, le quali avrebbero dovuto mancare nella redazione originale, si può ribattere che spesso le leggi sanzionano gli usi ed il libro può aver raccolto norme usuali, ma già in vigore, le quali solo posteriormente diventarono ufficiali. E il Mitteis stesso rileva come già nel 378 si abbia l'adozione per contratto, quantunque solo nel 530 essa sia riconosciuta da Giustiniano.

Non sarà quindi troppo ardito tentar di tenere ferma la data del Bruns, tanto più che convien ricordare come Basilisco sia stato l'unico protettore dei Monofisiti, i quali specialmente adottarono il libro e lo portarono con loro in Persia quando cercarono colà rifugio contro le persecuzioni imperiali. (Si noti che *R I* ha delle glosse persiane).

Che la legislazione giustinianea abbia scacciato il libro siriaco è da accogliersi con riserva; anche quando essa andò in vigore, rimasero di fatto i tribunali episcopali ed i cristiani non perdettero l'uso antico di sottoporre al vescovo le loro contese; ora è probabilissimo che i vescovi si siano serviti di un codice, il quale non sarà stato il complesso e complicato lavoro di Giustiniano, ma il comodo, il facile, il nazionale libretto siriaco. Quindi è lecito ritenere che se il libro comparve di nuovo entro i confini dell'impero, questo fu perchè nell'impero non era mai sparito: ne uscì, è vero, ma uscito non ritornò indietro, proseguì invece la sua strada e andò molto lontano.

L'ultima affermazione del Mitteis appare senz'altro piena di fondamento.

Dalle nuove scoperte e dalle nuove indagini mi pare che si possa trarre un' altra conclusione, d' indole diversa.

Bruns e Sachau, nella loro opera fondamentale, non trattano del libro in sè, ma delle singole versioni separatamente, ed i punti di riferimento di queste versioni sono tutti subordinati al codice *L*. Il Ferrini invece prese a considerare e tradusse unicamente il codice *P* e di *L* si curò solo per quanto ha attinenza al suo magistrale confronto tra il libro siriaco e gli Estratti di Guliano Ascalonita. Forse più avanti una nuova e più completa redazione del lavoro di Bruns e Sachau uscirà per opera del Sachau stesso e, può darsi, del Mitteis.

Ma con i nuovi preziosi materiali e con altri che, speriamo, potranno venire alla luce, non sarebbe possibile dare un nuovo indirizzo allo studio del libro? Non si potrebbe tentare di ricostruire, e nella sostanza e nell'ordine, l'originale perduto, il codice quale dovette essere nell' intenzione e nel pensiero dell' autore? Si potrà obbiettare che anche ottenendo un risultato soddisfacente, si avrebbe un lavoro di erudizione e niente altro; io invece la penso diversamente, e secondo me in tal modo si avrebbe un cardine nuovo, un altro punto fisso sul quale far poggiare lo studio del pensiero giuridico romano, ed un punto di somma importanza, poichè a partire da esso questo pensiero si estese in modo sorprendente e nello spazio e nel tempo

Bruno Ducati.

STUDI SULL' "ACTIO DE PECULIO"

Ubi est peculii nomen, ibi semper nodus vel scrupulus aliquis.

CUIACII in lib. IX *Quaest. Papin.* ad l. 50 D. 15. 1 (*Opera omnia*, Neapol. IV, 196).

I.

Actio de peculio contro venditore e compratore.

Sommario. — 1. La l. 37 § 2 D. 15. 1, e la sua pretesa interpolazione. — 2. Legittimazione passiva dell'actio de peculio, allorchè il peculio è comune a più condomini - Actio in solidum; principii che la regolano - Non si applica al caso del compratore e del venditore - (In nota: confutazione dell'opinione contraria sostenuta a questo riguardo da alcuni autori - difesa dell'interpretazione, data alla l. 27 § 8 D. 15. 1, contro le osservazioni del Keller). — 3. Si dimostra che la l. 37 § 2 cit. non è interpolata, e si determina il significato della frase finale « postquam placuit rel. ». — 4. I dubbi dei giureconsulti romani sulla determinazione della persona « penes quem est peculium » nel caso di vendita del servo insieme col peculio (In nota: le divergenze dei giureconsulti circa la legittimazione passiva dell'actio annalis nel caso di legato del peculio). — 5. L'actio de peculio contro il compratore per i debiti « ex ante gesto » - Esame dei testi. — 6. Interpretazione della l. 11 § 8 D. 15. 1 - Sua importanza per la teoria della consumazione - Le dottrine di Giuliano e di Ulpiano sul concorso dell'actio de peculio contro il compratore e dell'actio annalis contro il venditore. — 7. Il fondamento dommatico dell'actio ex ante gesto - Interpretazione della l. 42 D. 15. 1. — 8. Rapporti tra il vecchio e il nuovo padrone - Il venditore non ha azione contro il compratore per i crediti verso lo schiavo anteriori alla vendita - Esame delle ll. 11 § 7 D. 15. 1; 30 pr. D. 19. 1; 27 § 5 e 7 D. 15. 1. — 9. L'azione del venditore per le obbligazioni assunte dallo schiavo posteriormente alla vendita - L'azione del compratore per le obbligazioni dello schiavo anteriori alla vendita - Analisi della l. 38 § 3 D. 15. 1 - Redazione della formula nell'azione « deducto peculio » delle ll. 27 § 6 e 47 § 4 D. 15. 1. — 10. Rapporti tra l'actio de peculio contro il compratore e l'actio annalis contro il venditore - La divisione dell'azione: conflitto tra la l. 47 § 3 e la l. 27 § 3 D. 15. 1. — 11. L'obbiezione capitale del Ferrini contro l'interpretazione comune della l. 47 § 3 cit., e la portata della restitutio in integrum - La genuinità del contenuto della l. 47 § 3 è inattaccabile. — 12. Se nel giudizio restituito si debba valutare lo stato attuale del

peculio, o risalire al momento del primo giudizio - Il significato storico e dommatico della l. 32 § 1 D. 15. 1. — 13. Se il creditore, che ha perduto la lite col venditore, possa essere restituito in intiero contro il compratore - Il fondamento della distinzione accolta nella l. 30 § 5 D. 15. 1. — 14. Vendita dello schiavo dopo la contestazione della lite - Lo spirito della decisione contenuta nella l. 43 D. 15. 1 - Osservazioni sulla formula dell'actio de peculio.

1. Per lo studio della consumazione processuale dell'actio de peculio è specialmente interessante un gruppo di testi, che trattano dei rapporti fra i creditori da una parte, e il compratore e il venditore dello schiavo dall'altra.

Incominciamo dalla l. 37 § 2 D. 15. 1 [1]), perchè l'interpolazione di essa è affermata dal Lusignani [2]) e dal Bonfante [3]), sebbene questo frammento di Giuliano sia affatto estraneo al tema della consumazione processuale e del concorso delle azioni.

Ho venduto a Sempronio un servo, di cui ero condomino insieme con Tizio: si domanda se nell'actio de peculio, intentata contro Tizio o contro Sempronio, debba calcolarsi il peculio che è presso di me, o, in altre parole, se Tizio o Sempronio debbano essere condannati anche nell'ammontare del mio peculio. Giuliano decideva che Sempronio non dovesse mai rispondere per il peculio di mia pertinenza, poichè non avrebbe alcuna azione per farsi da me rimborsare. Invece, agendo con Tizio, il peculio « quod apud me est » sarà computato, a seconda che sia decorso un anno o meno dalla vendita. Non lo sarà nel primo caso, « quia iam mecum agi de peculio non posset »; lo sarà nel secondo, « postquam placuit alienato homine permittendum et cum emptore et cum venditore agere ».

Queste ultime parole sono state severamente condannate, e sono

[1]) IULIANUS, *l. 12 Digestorum*: « Servum communem, quem cum Titio habebam, vendidi Sempronio: quaesitum est, si de peculio cum Titio aut cum Sempronio ageretur, an eius peculii, quod apud me esset, ratio haberi deberet. Dixi, si cum Sempronio ageretur, numquam rationem eius peculii, quod apud me esset, haberi debere, quia is nullam adversus me actionem haberet, per quam id quod praestitisset consequi posset. Sed et si cum Titio post annum quam vendidissem ageretur, similiter non esse computandum peculium quod apud me est, quia iam mecum agi de peculio non posset. Sin autem intra annum ageretur, tunc quoque habendam huius peculii rationem, postquam placuit alienato homine permittendum creditori et cum venditore et cum emptore agere ».

[2]) *La consumazione processuale dell'« actio de peculio »*, p. 21 sgg.

[3]) *Istituzioni*, p. 126, n. 1 (3ª edizione).

nondimeno innocenti. Ce ne persuaderemo ascoltando i motivi della condanna [1]).

O Tizio è stato convenuto dopo l'anno da che la vendita è avvenuta, ed allora egli non risponde affatto del peculio che io ho, « quia iam mecum agi de peculio non posset ». O Tizio è stato convenuto « intra annum », ed allora deve rispondere di tutto; e la ragione logica che si aspetterebbe da Giuliano, dopo quanto egli precedentemente ha esposto, dovrebbe essere: perchè solo in tal caso Tizio convenuto ha mezzo di rifarsi di quanto ha sborsato per me, chiamandomi in giudizio con l'actio annalis de peculio.

Ora a noi sembra che questa ragione logica del Lusignani non avrebbe mai potuto essere addotta da Giuliano, se voleva evitare un errore. A Tizio non può competere l'actio annalis, per farsi rimborsare ciò che ha pagato per conto del condomino. L'actio annalis è data, in luogo di quella de peculio, per i debiti contratti dal servo o dal figlio prima che cessasse di esistere il peculio. E però l'actio annalis potrebbe, quando mai, spettare a Sempronio, se egli fosse stato creditore del servo prima di comperarlo [2]): ma non si concepisce a favore di Tizio, il quale, essendo stato insieme con me proprietario del peculio e del servo, non ha potuto avere per fatto di costui un'actio de peculio contro di me [3]), e non può conseguentemente avere dopo la vendita da me compiuta l'actio annalis [4]).

[1]) Cfr. LUSIGNANI, loc. cit.

[2]) Cfr. l. 11 § 8, l. 27 § 6, l. 47 § 4 D. 15. 1, l. 8 § 1 D. 33. 8, dove il principio è sempre ricondotto a Giuliano.

[3]) Cfr. l. 19 § 2 e l. 20 D. 15. 1. — ULPIANUS, *l. 29 ad edictum*: « ... quamvis in duobus dominis sufficiat pro socio vel communi dividundo actio ». PAULUS, *l. 30 ad edictum*: « nam inter se agere socii de peculio non possunt ».

[4]) Nella l. 29 pr. D. 15. 1 i coeredi hanno l'uno contro l'altro l'actio annalis, perchè essi contrattarono col servo prima di divenire eredi del domino, in un tempo cioè, in cui dai contratti intervenuti col servo poté nascere l'actio de peculio, che alla morte del domino si è trasfusa nell'actio annalis. Invece per i debiti contratti dal servo col padrone Scevola nega agli eredi ogni azione de peculio contro il coerede prelegatario del servo e del peculio (l. 54 e 58 D. 15. 1), e quindi anche l'actio annalis per l'ipotesi che il prelegatario avesse compiuto l'ademtio del peculio e resa improponibile l'actio de peculio pura; la quale soluzione è, a mio avviso, giustissima, perchè il domino non aveva per quei debiti un'actio de peculio che potesse essere sostituita dall'actio annalis. Cfr. schol. 236 e 237 (Stefano ed Anonimo) in ZACHARIAE, *Supplementum*, p. 234 e 235. [Contro l'interpretazione proposta dal BEKKER, *Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht*, 4, p. 511 delle ll. 54 e 58 citt., cfr. MANDRY, *Peculium dupl. iuris* nella *Zeitschr. f. Rechtsgesch.* 8 (1869), p. 398, n. 17].

Se si vuole intendere il « postquam .. agere », e nello stesso tempo acquistare la prova che esso non è « un' infelicissima appiccicatura posteriore, che rovina e confonde tutto il ragionamento genuino del giurista », fa d' uopo stabilire su quali principii si fonda la responsabilità solidale di Tizio.

2. Diremo brevemente dell' influenza che esercita sulla legittimazione passiva dell' actio de peculio, il fatto che il servo sia « communis ».

Conseguenza naturale del condominio sul servo è la comunione del peculio, di tal guisa che alcuni passi (per es. la nostra l. 37 § 2) non sentono neppure il bisogno di rilevarla, e l' esistenza di « peculia separata » appare nelle fonti come cosa del tutto eccezionale [1]). Per un equo riguardo verso il creditore che ha contrattato col servo [« est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit »] [2]) fu ammesso, (e pare per opera di Giuliano, la cui autorità è invocata in quasi tutti i testi che applicano il principio di cui si tratta) [3]), che ciascuno dei condomini partecipi del peculio potesse essere convenuto con l' actio de peculio *in solidum*, vale a dire che agli effetti della condanna dovesse computarsi tutto il peculio, *universum peculium*, e non soltanto la quota appartenente al convenuto [4]). Il quale d' altronde non è pregiudicato in modo irreparabile, perchè con l' actio communi dividundo o pro socio può farsi indennizzare dagli altri condomini [5]).

[1]) Cfr. ll. 15 e 16 D. 15. 1, 1 § 2 e 27 D. 45. 3; MANDRY, *Pec. dupl. iuris*, p. 387 sgg.

[2]) L. 27 § 8 D. 15. 1.

[3]) Cfr. l. 11 § 9, 12, 13, 27 § 8, 28 D. 15, 1; l. 13 § 2 D. 14. 3; l. 9 e 25 D. 10. 3.

[4]) Il principio giulianeo è completamente frainteso dal KARLOWA, *Römische Rechtsgesch.* II, p. 1147 sgg., il quale insegna che nel caso di comunione del peculio ciascun condomino era tenuto per l' intero debito, altrimenti in una quota parte.

[5]) Tuttavia si potrebbe obbiettare: chi risarcirà al condomino, che ha pagato anche per l' altro, le spese che potessero poi occorrere nel giudizio di rivalsa, chi a lui garantirà la solvibilità del socio, « cum et sumptus in petendo et eventus exsecutionis possit esse incertus »? E della somma sborsata non perderà sempre gli interessi, almeno durante il tempo che è concesso per eseguire il giudicato (cfr. sul tempus iudicati WENGER, *Actio iudicati*, p. 242 sgg.), e molto più a lungo, se si dovesse ricorrere alla venditio bonorum, « (cum) et cogitanda sit mora temporis, quod datur iudicatis, aut venditionis bonorum, si id magis faciendum erit »? Tutto questo non è sfuggito ad un giurista ricco di senso pratico, come Scevola (l. 2 quaestionum), il quale intende che il convenuto sia assolto dall' obbligo di

Questa è la ragione per cui la regola non vale « in emptore et venditore [1]), in fructuario et proprietario, in domino et bonae fidei emptore » (l. 13 D. 15. 1), « si duo sint bonae fidei possessores, si duo sunt fructuarii » (l. 15 D. eod.). Poichè costoro « nullam inter se habent societatem », mancherebbe al convenuto, condannato nell' intero ammontare del peculio, ogni azione per rivalersi verso i titolari dei patrimoni in cui sono comprese le varie frazioni del peculio. Conseguentemente Giuliano nella l. 37 § 2 cit. decide: « si cum Sempronio ageretur, numquam rationem eius peculii, quod apud me esset, haberi debere, quia is nullam adversus me actionem haberet, per quam id quod praestitisset consequi posset ».

Tali concetti, che stabiliscono il fondamento dell' actio in so-

pagare anche per il socio, se preferisca cedere le azioni che ha contro quest' ultimo. « Quod... dicitur, si cum uno ex sociis agatur, universum peculium computandum quia sit cum socio actio, in eodem redibit, si actiones paratus sit praestare: et in omnibus, quos idcirco teneri dicimus quia habent actionem, delegatio pro iusta praestatione est » (l. 51 D. 15. 1).

A volte poi (cfr. MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*, II, p. 374) il condomino potrà ricorrere ad un rimedio anche più radicale, consentito da Giuliano; ed è la cessione delle res peculiares (l. 9 D. 10. 3). AFRICANUS, *l. 7 quaestionum*: « ... Etenim dominum, cum quo de peculio agitur, si paratus sit rebus peculiaribus petitori cedere, ex causa audiendum putavit, scilicet si sine dolo malo et frustratione id faciat ». Per tal modo egli evita la condanna, (non l'assunzione della lite: cfr. MANDRY, *Familiengüterr.* II, p. 363).

Del resto gli inconvenienti temuti da Scevola sono attenuati dal fatto che il condomino può agire con l'actio communi dividundo, appena condannato « et autequam praestet » (l. 15 D. 10. 3).

[1]) Nella dottrina questo punto è contrastato: c'è chi ritiene che Giuliano abbia avuto un'opinione diversa dagli altri giuristi, ed abbia ammesso che nel giudizio contro una di queste persone (compratore o venditore) si dovesse tener conto anche del peculio appartenente all'altra. Cfr. KELLER, *Commentatio ad l. si ex duobus 32 pr. § 1 ff. de peculio*, p. 96 sgg. *Litis Contestation*, p. 558; BEKKER, *Process. Consumption*, p. 310 sgg., *Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht*, 4, p. 513; DIETZEL, *Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts* III, p. 29.

Forse di quest'opinione è anche l'ERMAN, *Zeitschr. der Sav. St. f. Rechtsgesch.* 20, p. 245, 247, che la l. 27 § 3 D. 15. 1 riferisce ad un caso in cui il possessore del peculio ha regresso contro gli altri aventi diritto. (Un'opinione altrettanto originale quanto decisamente errata professa il MENGE, *De actione de peculio servorum*, p. 37, il quale crede che solo il venditore potesse essere convenuto « etiam emtoris nomine », cioè anche nell'ammontare del peculio appartenente al compratore).

Il maggiore incentivo alla disputa era dato proprio dalla nostra l. 37 § 2, il cui testo nella Fiorentina suona: « ... quem cum Titio aut cum Sempronio habebam, Titio vendidi ». Ma dopochè col sussidio dei Basilici (ZACHARIAE, *Supplem.*

lidum e ne segnano i confini, sono lucidamente esposti da Gaio (l. 9 ad edictum provinciale) nella l. 27 § 8 D. 15. 1:

« Si quis cum servo duorum pluriumve contraxerit, permittendum est ei cum quo velit dominorum in solidum experiri: est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit: nec huius dumtaxat peculii ratio haberi debet, quod apud eum cum quo agitur is servus haberet, sed et eius quod apud alterum. Nec tamen res damnosa futura est ei qui condemnatur, cum possit rursus ipse iudicio societatis vel communi dividundo quod amplius sua portione solverit a socio sociisve suis consequi. Quod Iulianus ita locum habere ait, si apud alterum quoque fuit peculium, quia eo casu solvendo quisque

p. 224) il Mommsen è riuscito a rettificare il testo, che già prima (cfr. gli stessi KELLER, *Comment.* p. 100 sgg. e BEKKER, *Consumpt.* p. 310, n. 19) erasi dovuto per motivi intrinseci ed estrinseci riconoscere guasto, questo, che era il principale argomento della tesi avversaria, ha perduto ogni efficacia. Quanto agli altri passi, non ne hanno mai posseduta.

Esamineremo più avanti (v. num. 8 e 6) il significato delle ll. 11 § 7 e 11 § 8 D. 15. 1. La l. 27 § 3 D. eod., come dimostreremo a suo tempo (v. num. 10), prova soltanto che Giuliano, a differenza di altri giuristi, ammetteva che l'attore potesse dividere il credito, e chiamare in giudizio per una parte il compratore, per l'altra il venditore. L'*agere cum uno in solidum* della l. 27 § 3 non significa che nel giudizio contro di uno si abbia a computare l'intero peculio, ma che l'attore richiede l'intero ammontare del credito. In altri termini, all'espressione *in solidum* non è sottinteso *peculium* [come si potrebbe dir ciò di due peculii distinti, quali sono il peculio del compratore e quello del venditore? — ciò è detto benissimo invece del peculio comune ai varii condomini (cfr. l. 11 § 9 e l. 15 D. h. t.; nella l. 27 § 8 D. 15. 1 è dubbio se si debba sottintendere *creditum* o *peculium*; cfr. BARON, *Die adjecticischen Klagen*, p. 79, n. 35], ma *creditum*.

La l. 13 D. 15. 1 è poi direttamente contraria alla tesi qui combattuta, perchè Giuliano vi nega che il compratore e il venditore potessero dedurre « quod alteri debetur », mentre avrebbe dovuto valere il principio opposto (cfr. l. 11 § 9 D. eod.) se ciascuna di quelle due persone avesse potuto esser chiamata a rispondere anche del peculio dell'altra.

L'unico passo, che potrebbe apparentemente dar ragione alla teoria che vogliamo confutare, è la l. 43 D. 15. 1; ma sarà facile convincersi che esso contempla un caso speciale, come del resto riconosce lo stesso KELLER, *Comment.* p. 106 sgg. (v. più innanzi num. 14).

Invece la l. 11 § 8, la l. 30 § 5, la l. 37 § 2 e la l. 47 § 3 D. 15. 1, nonchè la l. 27 § 3 D. 15. 1, quando si abbia presente il rimedio suggerito da Giuliano della divisione dell'azione, mostrano che il compratore e il venditore sono tenuti ciascuno nei limiti del proprio peculio.

Sulla questione accennata in questa nota ha buone osservazioni il MANDRY, *Pec. dupl. iuris*, p. 404 sgg., col quale ci accordiamo nella conclusione.

etiam socium aere alieno liberare videtur: at si nullum sit apud alterum peculium, contra esse, quia nec liberare ullo modo aere alieno eum intellegitur».

È qui da segnalare in modo speciale l'ultima osservazione di Giuliano, da lui ribadita nella l. 28 che segue immediatamente il passo di Gaio [1]), perchè in essa sta la giustificazione delle parole incriminate dal Lusignani. Acciocchè il convenuto possa essere condannato anche nel peculio che appartiene agli altri condomini, bisogna che presso costoro si trovi effettivamente una porzione del peculio: se questa porzione non sussiste (ad es. è stata erogata nel pagamento di altri creditori, è esaurita dai crediti del condomino per cui spetta il ius deductionis), o se il condomino è insolvibile (ad es. è morto senza che nessuno abbia raccolto la sua successione), allora il domino convenuto dovrà essere condannato nella misura del suo peculio, «quatenus peculium apud eum erit», e in quella porzione che potrà ottenere nel concorso sui beni dell'insolvente, «et quantum ex bonis consequi potest».

Il diritto alla rivalsa presuppone cioè che il socius, dal quale si pretende il rimborso, sia stato liberato da un debito, «quia eo casu solvendo quisque etiam socium aere alieno liberare videtur». Pongasi pertanto che il socio non sia più soggetto all'actio de peculio, (neppure all'actio annalis), e si dovrà venire alla conseguenza, che, chiunque degli altri soci pagasse, nulla pagherebbe per lui, «nec liberare ullo modo aere alieno eum intellegitur», e non potrebbe affacciare alcun diritto ad essere risarcito [2]).

[1]) Iulianus, *l. 12 Digestorum*: «Quare et si socio neque heres neque bonorum possessor exstitisset, catenus damnari debet is cum quo actum fuerit, quatenus peculium apud eum erit et quantum ex bonis consequi potest».

[2]) Da questa, che a noi pare la più naturale interpretazione della l. 27 § 8, si allontana il Keller, *Comment.* p. 82 sgg. (cfr. anche dello stesso autore *Litis Cont.* p. 550 sgg., e Menge, op. cit. p. 49), secondo cui Giuliano e Gaio ammetterebbero qui, anche pel caso di peculia separata, che ciascun condomino dovesse essere condannato nel peculio proprio e in quello degli altri. Ma tale opinione non si desume dal testo di Gaio, nè è vero che le parole di Giuliano «quod Iulianus ita locum habere ait rel.» acquisterebbero un senso assurdo, se si ritenesse che il «quod amplius sua portione solverit» alluda alle quote del peculio anzichè a quelle della proprietà del servo.

Nota il Keller che, se uno dei condomini paga più della sua porzione di peculio, ciò significa necessariamente che anche presso l'altro condomino esiste una

Ma, dacchè la possibilità del risarcimento è ciò che fonda e legittima l'actio in solidum, ogni qual volta uno dei condomini non sia più tenuto verso i creditori peculiari, non si potrà neanche nella condanna dell'altro condomino tener conto dei beni ex-peculiari che si trovassero presso il primo.

3. È chiaro ora il motivo per cui Giuliano (l. 37 § 2) non poteva consentire che nell'azione promossa contro Tizio si computasse il peculio « quod apud me est », prima che fosse riconosciuta al creditore la facoltà di agire « alienato homine » *et cum venditore et cum emptore*. Se si fosse accordata unicamente l'actio de peculio contro il compratore, e non si fosse data l'actio annalis contro il venditore, io non sarei più obbligato verso i creditori peculiari, ed essi non potrebbero pretendere che Tizio fosse condannato anche nel valore del peculio a me pervenuto, giacchè poi Tizio non avrebbe diritto ad essere rimborsato da me. In tanto io sono tenuto a risarcire Tizio, in quanto egli mi libera da un debito; ma ciò non accadrebbe, se io venditore non fossi soggetto all' actio annalis.

La chiusa della l. 37 § 2 non è dunque in contraddizione col contenuto del frammento giulianeo; ma tutta la legge invece è in per-

porzione del peculio, altrimenti il primo condomino possederebbe tutto il peculio e non soltanto una quota: non potrebbe quindi soggiungersi con Giuliano che il condomino ha diritto al rimborso, « si apud alterum quoque fuit peculium ». Ma questo ragionamento nasconde un equivoco. Certo, se un condomino paga « amplius sua portione », vuol dire che esiste un peculio comune a lui ed agli altri condomini. Tuttavia questi potrebbero ad es. essere creditori dello schiavo per un ammontare che uguagli o superi la rispettiva porzione del peculio; i diritti costituenti il peculio continuerebbero ad essere comuni, ma, poichè si detrae dal peculio tutto ciò che è dovuto al domino, bisogna in questo caso concludere che per i creditori peculiari « nullum est apud alterum peculium ». E analogamente nell' altro esempio da me indicato nel testo. Ben fondata è dunque l'avvertenza di Giuliano: che non basta la comunione delle cose peculiari perchè il condomino possa essere convenuto nell' intero peculio, occorre che pagando egli liberi da un debito l'altro condomino, e ciò non accade allorchè il condomino non è più soggetto all'actio de peculio, perchè, pur avendo ancora la comproprietà delle cose peculiari, non ha un peculio agli effetti dell'azione omonima.

Cfr., contro Keller, BEKKER, *Consumpt.* p. 313 sgg., BARON, op. cit. p. 74, e con migliori argomenti MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 392 sgg., il quale mette opportunamente in rilievo l'impossibilità di considerare come un peso derivante dalla comunione quel debito che colpisce il condomino solo per il peculio separato di sua pertinenza, mentre Giuliano parte dal presupposto che il condomino convenuto possa farsi rimborsare con l'actio communi dividundo o pro socio.

fetto accordo con le ragioni sulle quali riposa l'actio in solidum, e coi principii che si desumono dagli altri testi [1]).

Del resto Giuliano non dice, come hanno supposto i sostenitori dell'interpolazione, che fosse lecito agire successivamente contro il venditore e il compratore; nè aveva ragione di dirlo, in un passo che non si occupa exprofesso dei rapporti fra l'actio de peculio contro il compratore e l' actio annalis contro il venditore dello schiavo. Se il nuovo e l' antico padrone potessero essere convenuti uno dopo l' altro, o se a ciò fosse d' ostacolo la consumazione e l'attore dovesse scegliere tra i due, tutto questo Giuliano avrà potuto discutere in altro punto della sua opera e decidere come che sia: qui importava soltanto di ricordare che il venditore è tenuto con l' actio annalis, perchè questa è la condizione necessaria, affinchè il quesito propostosi da Giuliano - se il condomino debba essere condannato anche nell' ammontare del peculio appartenente all' altro condomino, che ha venduto la sua quota di proprietà sullo schiavo - possa essere risoluto affermativamente.

Ancora una volta [2]), in uno dei testi che si spacciano per interpo-

[1]) Con l'alienazione della proprietà dello schiavo io non cesso naturalmente di essere condomino dei beni peculiari insieme con Tizio; ed è la comunione del peculio (non già dello schiavo, il quale potrebbe avere peculia separata presso i varii condomini; cfr. tuttavia BRINKMANN, *Verhältniss der a. communi dividundo und der a. negotiorum gestorum*, p. 81 sgg.), che, come mostrano benissimo il KELLER, *Comment.* p. 79 sgg. ed il MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 389, fa sì che ciascun condomino sia tenuto in solidum, ed abbia diritto al rimborso, di ciò che ha pagato per l'altro, mediante l'actio communi dividundo.

Cfr. l. 8 § 4 D. 10, 3: PAULUS, *l. 23 ad edictum*: «... Si unus in solidum de peculio conventus et damnatus sit, est cum socio communi dividundo actio, ut partem peculii consequatur».

l. 9 D. eod. (cfr. anche l. 31 D. 10. 2): AFRICANUS, *l. 7 quaestionum*: «Sed postquam socius servi communis nomine de peculio in solidum damnatus esset, si apud socium res peculiares intercidant, nihilominus utile erit iudicium communi dividundo ad reciperandam partem pecuniae: alioquin iniquum fore, si tota ea res ad damnum eius qui iudicium acceperit pertineat, cum utriusque domini periculum in rebus peculiaribus esse debeat...».

l. 25 D. eod.: IULIANUS. *l. 12 digestorum*: «Si Stichus communis meus et tuus servus habuerit Pamphilum vicarium *aureorum decem* (HS X *Iulian.*) et mecum actum de peculio fuerit condemnatusque decem praestitero: quamvis postea Pamphilus decesserit, nihilominus actione communi dividundo vel pro socio quinque mihi praestare debebis, quia te hoc aere alieno liberavi ...».

[2]) Cfr. per la l. 14 § 1 D. 15. 1, la quale parimenti non ha che vedere con la consunzione dell'actio de peculio, il mio scritto *L'actio de peculio annalis contro gli eredi* (estratto dagli Studi Senesi in onore di L. Moriani).

lati, noi constatiamo l'assenza di qualunque riferimento al concorso delle azioni e alla consumazione processuale, cioè a quegli argomenti che avrebbero dovuto provocare l'interpolazione.

4. Al Lusignani [1]) pare sospetta anche la forma « postquam placuit... agere », perchè essa ricorda troppo da vicino il famoso « posteaquam placuit... ipso iure compensari » della l. 21 D. 16. 2. Se non che il sospetto in quest'ultima legge non nasce dal « posteaquam placuit », cioè dalla forma, bensì dal principio che si afferma essere stato accolto, ossia dal contenuto [2]). Il « placuit », specie per indicare la norma, introdotta ad opera della giurisprudenza, che è stata discussa e si è aperta la via attraverso qualche incertezza, è usato frequentissimamente dai giureconsulti romani [3]). E perciò l'unica inda-

[1]) Op. cit. p. 24.

[2]) Cfr. APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*, p. 124 sgg., 463 sgg.

[3]) Indichiamo qui alcuni testi dove ricorre il *placuit* senza determinazione di persona, presi qua e là a caso, poichè una raccolta completa non avrebbe valso il tempo e la fatica.

Gai. I, 89, 115 *b*, 147; II, 91, 92, 132; III, 14, 16, 145, 146, 158, 197, 201, 219 — Ulp. I, 21 — Fragm. de iure fisci 19 — l. 11 pr. D. 2. 1 (Gaius l. 1 ad ed. prov.) — l. 25 D. 4. 3 (Paulus l. 11 ad ed.; v. *contra* l. 20 § 1 D. eod.) — l. 33 D. 4. 3 (Ulpianus l. 4 opinionum) — l. 18 § 2 D. 5. 3 (Ulpianus l. 15 ad ed.) — l. 26 § 4 D. 12. 6 (Ulpianus l. 26 ad ed.) — l. 29 D. 22. 1 (Marcianus l. 14 instit.) — l. 25 D. 23. 3 (Paulus l. 7 ad Sabinum) — l. 1 D. 25. 2 (Paulus l. 7 ad Sab.) — l. 3 § 5 D. 27. 9 (Ulpianus l. 35 ad ed.) — l. 31 § 1 D. 28. 5 (Gaius l. 17 ad ed. prov.) — l. 21 § 1 D. 32 (Paulus l. 4 sentent.) — l. 8 D. 33. 6 (Pomponius l. 6 epistul.) — l. 17 D. 33. 8 (Iavolenus l. 2 ex Cassio) — l. 10 D. 37. 14 (Terentius Clemens l. 9 ad leg. Iul. et Pap.) — l. 33 pr. D. 39. 5 (Hermogenianus l. 6 iuris epitomarum) — l. 4 § 18 D. 41. 3 (Paulus l. 54 ad ed.) — l. 14 D. 44. 1 (Alfenus Varus l. 2 dig.) — l. 38 D. 44. 7 (Paulus l. 3 ad ed.) — l. 5 § 4 D. 46. 7 (Ulpianus l. 77 ad ed.) — l. 7 pr. D. 48. 20 (Paulus l. sing. de port. quae lib. damn. conceduntur) — l. 4 D. 49. 15 (Modestinus l. 3 regul.).

Come si vede, la nostra locuzione ritorna in ogni parte del Digesto, e presso giuristi delle varie epoche. Il titolo 15. 1, oltre che nella l. 37 § 2 cit., l'ha nella l. 27 § 3 (Gaius l. 9 ad ed. prov.) e nella l. 47 § 2 (Paulus l. 4 ad Plautium). Giuliano l'adopera ancora nei seguenti luoghi: l. 5 D. 33. 6 (Iulianus l. 15 dig.), l. 87 § 4 D. 35. 2 (Iulianus l. 61 dig.), l. 4 D. 29. 7 (Iulianus l. 63. dig.), l. 22 D. 23. 4 (Iulianus l. 2 ad Urs. Fer.), l. 52 § 2 D. 10. 2 (Iulianus l. 2 ad Urs. Fer.); cfr. anche l. 7 § 5 D. 10. 3, dove Giuliano è citato da Ulpian. l. 20 ad ed. Frequente è l'uso di *placuit* in Papiniano: più avanti daremo la lista dei passi papinianei, quando dovremo combattere l'asserzione contraria di un nostro valoroso scrittore.

È superfluo aggiungere che noi non intendiamo escludere la possibilità che qualcuno dei frammenti citati sia interpolato; ciò che neghiamo è che la forma « placuit » costituisca di per sè un indizio dell'emblema. Giustiniano usa il « pla-

gine utile è quella che si proponga di ricercare quali dubbii tormentassero la dottrina circa la competenza dell'actio de peculio contro il compratore e il venditore. dubbii di cui si sentirebbe l'eco affievolita nel nostro « postquam placuit ». Ed appunto qui è facile vedere come fossero controverse le condizioni sotto le quali, al mutare di proprietà dello schiavo, il vecchio o il nuovo padrone dovevano rispondere verso i creditori, e non apparisse del tutto piana e semplice la conseguenza che potessero esser tenuti ambedue.

Mentre non si discute il principio, che l'appartenenza del peculio, allorchè esso si estingue come tale per il trapasso di proprietà dello schiavo, decide della legittimazione passiva dell'actio annalis, la sua applicazione al caso che lo schiavo sia venduto insieme col peculio, è turbata dalla difficoltà di determinare la persona presso la quale deve ritenersi che sia il peculio. La giurisprudenza classica si trovò a dover risolvere il quesito, se colui « penes quem est peculium » fosse il compratore, che lo acquistava insieme con lo schiavo, o il venditore. che ne riceveva il prezzo.

Per Nerazio [1]) non è tenuto con l'actio annalis il venditore « si cum peculio servum vendidit et tradiderit peculium »; il prezzo ricavato dalla vendita del servo non è il peculio, « neque enim hoc pretium servi peculium est, ut Neratius scripsit », vale a dire non è il prezzo del peculio che si considera una mera accessione del servo [2]), ma è solamente il prezzo del servo.

Che Paolo fosse dello stesso avviso, non si può argomentare dalla l. 47 § 5 D. 15. 1 [3]), perchè, volendo il giureconsulto stabilire quali

cuit » senza dativo di commodo appena un paio di volte: l. 17 pr C. 4. 21 e § 7 I. 4. 8. Onde non ci lasciamo turbare neppure dalla circostanza che il primo degli altri due esempi di « postquam placuit » da noi conosciuti si trovi in un testo, la l. 12 D. 46. 6 (Papinianus l. 12 quaestionum), che pare sospetto (cfr. BINDER, *Korrealobligationen*. p. 340). Il secondo è offerto da Gordiano nella l. 3. C. 2. 19 (20): cfr. GIRARD, *Manuel du droit rom.* (3ª ediz.) p. 414, n. 4.

[1] L. 32 § 2 D. 15. 1. — ULPIANUS, *l. 2 disputationum*: « Venditor servi si cum peculio servum vendidit et tradiderit peculium, ne intra annum quidem de peculio convenietur: neque enim hoc pretium servi peculium est, ut Neratius scripsit ».

[2]) Cfr. l. 39 § 4 D. 10. 2; l. 1 e 2 D. 33. 8.

[3]) PAULUS, *l. 4 ad Plautium*: « Si servus deducto peculio venditus sit, procedit, ut venditor et deductione uti possit, et, si post venditionem coeperit aliquid venditori servus debere, non minuit peculia, quia non domino debet ».

crediti possa dedurre il venditore convenuto con l'actio annalis, doveva necessariamente supporre che « servus *deducto peculio* venditus sit »; altrimenti la deduzione sarebbe stata inammissibile, giusta il precetto della l. 11 § 7 D. 15. 1 [1]).

Giavoleno [2]) guardava invece se anche per il peculio era stato pagato un prezzo, e si pronunciava in quest'ipotesi per la responsabilità del venditore: « penes eum videtur esse peculium, ad quem pretium peculii pervenit ». « Non », continua la l. 34 D. eod. di Pomponio (l. 12 ex variis lectionibus), « penes quem res peculiaris sit ».

Anche Ulpiano dovette accettare la distinzione di Giavoleno [3]), sebbene nella l. 32 § 2 cit. egli sembri far sua l'opinione di Nerazio. È infatti di Ulpiano la l. 11 § 7 D. 15. 1, dove bisogna sottintendere la distinzione di Giavoleno e Pomponio, perchè solo chi è in quest'ordine di idee può, nell'ipotesi di vendita del servo insieme col peculio, concepire un'azione contro il venditore. Quale fosse del resto il pensiero ulpianeo, si evince pure dalla l. 5 § 3 D. 15. 3 [4]), in cui il giureconsulto vuol dimostrare che, per esserci in rem versio, non basta che dal peculio sia comunque entrato del denaro nel patrimonio del pater familias, altrimenti esisterebbe in rem versum anche « si servo peculium dominus adimat vel si vendat eum cum peculio vel rem eius peculiarem et pretium exigat ». Il prezzo, che si ricava dalla vendita del servo col peculio, non costituisce dunque una in rem versio, ma Ulpiano ammette implicitamente che nell'esazione del prezzo si abbia un passaggio di valori dal peculio nel patrimonio,

[1]) Ulpianus, *l. 29 ad edictum*: « Denique Iulianus scribit venditorem, qui servum cum peculio vendidit, si de peculio conveniatur, non debere deducere quod sibi debetur: potuit enim hoc ex ratione peculii detrahere et nunc condicere quasi indebitum (quoniam non est in peculio quod domino debetur). Potest, inquit, etiam ex vendito agere.....».

[2]) L. 33 D. 15. 1. — Iavolenus, *l. 12 ex Cassio*: « Sed si quis servum ita vendidit, ut pretium pro peculio acciperet, penes eum videtur esse peculium, ad quem pretium peculii pervenit ».

Cfr. sch. 130 (Stefano) in Zachariae, *Supplem.* p. 223.

[3]) In questo senso Keller, *Comment.* p. 110.

[4]) Ulpianus, *l. 29 ad edictum*: « Placet non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. Hoc autem totiens verum est, quotiens servus rem domini gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus. Alioquin si servo peculium dominus adimat vel si vendat eum cum peculio vel rem eius peculiarem et pretium exigat, non videtur in rem versum ».

come quando il servo « rem domini gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus ». Se avesse ritenuto che, vendendosi il servo insieme col peculio, il prezzo non sia mai il corrispettivo del peculio, bensì solamente del servo, egli non avrebbe potuto citare questo caso di vendita tra gli altri esempi di arricchimento, che proviene dal peculio, ma non costituisce in rem versio.

Si è sostenuto da qualche scrittore [1]) che Giuliano non seguisse l'opinione di Giavoleno, Pomponio, e, a quanto pare, di Ulpiano, ma adottasse un partito perfettamente in antitesi con quello di Nerazio, o, in altri termini, ammettesse che il venditore fosse sempre tenuto con l'actio annalis. Ma che tale fosse la dottrina giulianea, non si può dimostrare nè con la l. 11 § 7 cit. nè con la l. 27 § 3 D. 15. 1. Nella l. 11 § 7 Giuliano suppone esplicitamente che l'actio annalis sia diretta contro il venditore « qui servum cum peculio vendidit », ma tace delle condizioni da cui dipende l'azione, sicchè non è lecito indurne che il venditore possa essere convenuto in qualunque caso. Gaio, dopo aver insegnato nel § 2 della l. 27 che, se il servo è alienato, « quamvis in eum, qui alienaverit, intra annum praetor de peculio actionem polliceatur », tuttavia si può agire contro il nuovo domino, « et nihil interest aliud apud eum adquisierit peculium an quod pariter cum eo emerit vel ex donatione acceperit eidem concesserit », aggiunge nel § 3:

> « Illud quoque placuit, quod et Iulianus probat, omnimodo permittendum creditoribus vel in partes cum singulis agere vel cum uno in solidum ».

Se il testo non lascia alcun dubbio che Giuliano ammettesse la facoltà di agire col compratore e col venditore, è anche vero che esso non si occupa particolarmente della questione, che ora avrebbe interesse per noi, e cioè sotto quali presupposti si faccia luogo all'actio annalis contro l'alienante. Quindi l'assenza di qualunque riserva e il non accennarsi a veruna distinzione intorno al modo in cui il peculio dovrebbe esser passato dall'alienante all'acquirente, sono argomenti equivoci, quando se ne vuole inferire che il venditore fosse te-

[1]) Cfr. KELLER, *Comment.* p. 111; BEKKER, *Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht*, 4, p. 511; contro MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 404.

nuto in ogni circostanza [1]). Un indizio contrario a questa tesi è stato già egregiamente rilevato dal Mandry, il quale nota che Giuliano, a proposito della questione se sia tenuto con l'actio annalis l'erede o il libertus orcinus legatario del peculio, nega l'azione contro il primo, « quia peculium desiit penes se habere » [2]). A sostanziare la respon-

[1]) Allo stesso modo, fondandosi sulla l. 27 § 2, si potrebbe venire alla conseguenza che sia soggetto all'actio annalis anche chi ha donato il servo insieme col peculio: ma sono appunto queste conclusioni eccessive, che ci debbono ispirare la più grande sfiducia verso il sistema di argomentazioni che servono a giustificarle.

[2]) Per il caso che il peculio formi oggetto di un legato ritornano gli stessi dubbii che abbiamo incontrato nell'ipotesi della vendita.

Giavoleno (l. 12 ex Cassio), quando il testatore ha disposto che l'erede debba dare il peculio « accepta certa summa » (l. 35 D. 15. 1), esclude che l'erede possa considerarsi come beneficiario del peculio; nel che evidentemente egli si lascia guidare dal riflesso che la somma ricevuta dall'erede « condicionis implendae causa » non rappresenta il corrispettivo del peculio. In perfetta coerenza col modo di vedere qui manifestato, Giavoleno (l. 2 ex Cassio) in altro luogo (l. 17 D. 33. 8) insegna che, se il testatore muore dopo aver accettato il giudizio sull'actio de peculio, « placuit non aliter peculium ex causa legati praestari, quam si de accepto iudicio heredi caveretur ». Non troppo bene mi sembra che il Lenel, *Palingenesia*, I, p. 278, n. 1 richiami a questo proposito la l. 1 § 7 D. 15. 2, giacchè, mentre Pegaso impone al legatario del peculio la cauzione perchè verso i creditori è tenuto sempre l'erede, Giavoleno è costretto a ricorrervi nel caso della l. 17 cit. perchè era prima intervenuta la contestatio litis col defunto; ma, all'infuori di questa ipotesi, l'actio annalis compete per Giavoleno contro il legatario.

Parimenti Giuliano, a quanto riferisce Ulpiano (l. 19 ad Sabinum) nella l. 1 § 10 D. 33. 4, dichiara che deve essere convenuto il libertus orcinus, cui è stato legato il peculio, e non l'erede, « quia peculium desiit penes se habere ».

Secondo Ulpiano (l. 29 ad edictum) risponde l'erede, se il servo non è stato legato cum peculio; ma se al legatario è stato lasciato lo schiavo insieme col peculio, o se al servo è stata attribuita direttamente la libertà e legato il peculio, la legittimazione passiva dell'actio annalis è controversa, « quaestionis fuit » (l. 1 § 7 D. 15. 2). L'opinione preferita da Ulpiano è che non dovesse darsi l'azione nè contro il manomesso nè contro il legatario del peculio; dunque l'actio annalis, contrariamente all'avviso di Giavoleno e di Giuliano, si dirigerebbe contro l'erede. Tale era la tesi di Celio Sabino (« Caecilius » dice il testo, ma vedi su questa corruzione Lenel, *Palingenesia*, I, p. 35, n. 3, C. Sabin. nr. 11; Bremer, *Iurispr. antehadr.* I, p. 14, II, 2, p. 255, n. 1; Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.* I, p. 712), il quale pensava che il peculio ridondi a vantaggio dell'erede, per ciò che egli si libera da un'obbligazione trasferendolo al legatario; nel concetto di Sabino, l'erede lucra il peculio, in quanto si vale di esso come di un mezzo per soddisfare il suo debito verso il legatario. Pegaso (l. 1 § 7 cit.) accetta la conclusione di Sabino, che i creditori peculiari dovessero rivolgersi contro l'erede; ma il ragionamento sottile e formalistico di quel giureconsulto non gli fa velo sino al punto da dimenticare che il peculio nella realtà della vita e nelle regole del diritto funge come un patri-

sabilità dell' alienante deve rimanere presso di lui, se non il peculio, almeno un corrispettivo.

Non è dunque improbabile che anche Giuliano aderisse al temperamento proposto da Giavoleno. Ma le fonti non suffragano quella qualsiasi opinione che volesse, uscendo dal campo della mera probabilità e verosimiglianza, affacciare pretese alla certezza.

Nel caso contemplato dalla l 37 § 2 cit. era stata venduta la proprietà dello schiavo, ma non il peculio; e però questo frammento non ci dà alcun lume maggiore su quella che sarebbe stata la teoria di Giuliano. Viceversa le osservazioni esposte in questa parte del nostro studio hanno potuto stabilire di qual genere fossero i dubbii, che si sono agitati tra i giureconsulti romani, sul punto di ammettere o no

monio che deve sopportare gli oneri inerenti (cfr. tuttavia PERNICE, *Labeo*, I p. 151. n. 41). E a questo postulato dell' equità Pegaso provvedeva con la cauzione, che il legatario prestava all' erede, di tenerlo indenne contro le azioni dei creditori. Sicchè in definitiva l' erede rispondeva del proprio, solo nel caso che avesse soddisfatto il legato senza richiedere la cauzione.

All' opinione di Pegaso aderisce Marciano (l. 6 institutionum) in tali termini da render probabile che ad essa sia rimasta la vittoria (l. 18 D. 33. 8). Anche Ulpiano accetta il temperamento proposto da Pegaso, poichè di lui, e non di quest' ultimo, sembra essere la conclusione del § 7 cit., « ergo si tradiderit sine cautione, erit conveniendus ». Cfr. inoltre l. 2 C. 4. 14.

L' esposizione delle questioni, di cui ci han serbato memoria le fonti, intorno all' influenza che il legato del peculio può esercitare sulla legittimazione passiva dell' actio annalis, si completa con l' esame della l. 1 § 8 D. 15. 2, che non ha bisogno di commento.

Infine non sarà inutile ricordare che anche per l' actio tributoria si è fatta una questione analoga. Labeone, « si servo testamento manumisso peculium legatum sit », escludeva che l' erede fosse tenuto con la tributoria, « quasi neque ad eum pervenerit neque dolo fecerit ». Pomponio era d'opposto avviso, « nisi curaverit caveri sibi a servo vel deduxit a peculio quod tribuendum erat ». E la decisione di Pomponio è accolta da Ulpiano (l. 29 ad edictum) nella l. 9 § 2 D. 14. 4, giacchè in questo caso l' erede non è convenuto per il dolo del defunto, chè allora l' azione sarebbe data contro di lui solamente « de eo quod ad eum pervenit », ma per il dolo, di cui si è reso responsabile, non ritenendo la merx peculiaris all' atto della consegna del peculio. È chiaro peraltro che nell' actio tributoria interviene un elemento speciale: l' obbligo del pater familias di procedere alla distribuzione fra i creditori della merx peculiaris. Ora quest' obbligo, cui il pater familias non può sottrarsi se non con l' abbandono del peculio o della merx peculiaris (l. 7 § 1 D. 14. 4), si trasmette all' erede, ma non potrebbe passare al legatario del peculio; ed è dalla violazione di quest' obbligo che sorge l' actio tributoria.

Sul tema toccato in questa nota e nel testo si possono consultare MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 194 sgg.; BARON, op. cit. p. 89 sgg; PERNICE, *Labeo*, I, p. 151 sgg.; KARLOWA, op. cit. II, p. 1150 sgg.; MENOE, op. cit. p. 42 sgg.

la responsabilità del venditore, la quale, come abbiamo visto, costituisce il presupposto logico per la decisione dettata da Giuliano nella l. 37 § 2.

5. Ed ora ad un' altra ricerca, anche più interessante in se stessa e nei problemi che suscita, dobbiamo volgere la nostra attenzione. Il compratore può concedere allo schiavo un peculio nuovo od anche il peculio acquistato insieme con esso. Che sia fondata o meno l'actio annalis contro il venditore, si presenta ugualmente il quesito, se contro il compratore sia lecito agire per i debiti anteriormente contratti dallo schiavo. In altri termini, contro il compratore sono astrattamente possibili due azioni: l'actio annalis, in quanto abbia lucrato l'antico peculio, l'actio de peculio pura, in quanto lo schiavo attualmente abbia un peculio presso di lui. La questione non offre un interesse pratico rilevante, finchè tanto l' actio annalis quanto l' actio de peculio spettassero contro il compratore. Ma la situazione muta radicalmente, allorchè l'actio annalis competesse contro il venditore, e contro il compratore non potesse dirigersi che l'actio de peculio. In tal caso l' accertare se questa possa sperimentarsi dai creditori anteriori alla vendita, e se il suo esercizio possa, e sotto quali condizioni, cumularsi con quello dell'actio annalis contro il venditore, assume un' importanza, che non abbiamo bisogno di accentuare.

Giuliano ci ha già messi sull'avviso: « placuit alienato homine permittendum creditori et cum venditore et cum emptore agere ». Il « postquam placuit » è, a mio credere, la prova che anche questa simultanea obbligazione del venditore e del compratore è il portato di una evoluzione [1]).

Forse in origine la norma fu diversa? Forse alla sua introduzione ebbe a resistere qualche giurista? Non giova insistere. Certo è che il principio, per cui i creditori possono agire tanto contro l'alienante

[1] Anche il BEKKER, *Consumption*, p. 310, n. 17 accenna al significato storico del « postquam placuit ». All' ERMAN, *Zeitschr. der Sav. St. f. Rechtsgesch.* 20, p. 247, sembra invece che quell'espressione in bocca a Giuliano possa tutt' al più riferirsi all' introduzione dell' actio annalis, e che neppure nella compilazione giustinianea, per nessun verso, dia un senso giusto. Ciò che abbiamo detto e diremo nel testo legittima il nostro dissenso da un tale giudizio.

quanto contro l'acquirente dello schiavo, è ripetutamente affermato nei nostri testi [1]).

Lo enuncia Gaio nella l. 27 § 2 D. 15. 1 [2], dalla quale possiamo desumere, se non il fondamento dell'opinione ostile alla concessione dell'azione contro il nuovo proprietario, almeno una delle considerazioni che i suoi fautori dovettero opporre. L'interesse dei creditori è tutelato abbastanza dall'actio annalis contro l'alienante; ammettendoli ad agire anche contro l'acquirente, si conferisce loro un ulteriore vantaggio, che non è giustificato da un vero bisogno [3]). Ma questo riflesso non ha impedito a Gaio di scrivere che « quamvis in eum, qui alienaverit, intra annum praetor de peculio actionem polliceatur, tamen nihilo minus et in novum dominum actio datur ». « Nihil interest », aggiunge poi lo stesso Gaio, « aliud apud eum adquisierit peculium an quod pariter cum eo emerit vel ex donatione acceperit eidem concesserit »; se presso l'attuale domino lo schiavo ha un peculio, o che il padrone gliene abbia costituito uno nuovo o che gli abbia concesso il vecchio peculio acquistato insieme con lui, si fa luogo sempre all'actio de peculio [4]).

La regola, che siano tenuti compratore e venditore per i negozi del servo anteriori alla vendita, è anche presupposta da Ulpiano nella

[1]) Se il lettore si persuaderà insieme con noi che la l. 47 § 3 D. 15. 1 è genuina (v. più oltre num. 10 e 11), dovrà inferirne che il principio, pacifico ai tempi di Giuliano, era già ammesso da Proculo.

[2]) Gaius, *l. 9 ad edictum provinciale*: « Si servus alienatus sit, quamvis in eum, qui alienaverit, intra annum praetor de peculio actionem polliceatur, tamen nihilominus et in novum dominum actio datur, et nihil interest, aliud apud eum adquisierit peculium an quod pariter cum eo emerit vel ex donatione acceperit eidem concesserit ».

[3]) Si potrebbe dire che almeno in un caso il creditore « ex ante gesto » sia nell'assoluta necessità di rivolgersi contro l'acquirente, e cioè quando il servo è stato alienato insieme col peculio senza pattuire un prezzo per quest'ultimo, giacchè in tal caso l'alienante non è tenuto con l'actio annalis (l. 33 D. 15. 1); ma è appunto da riflettere che qui l'actio annalis contro il compratore sostituisce quella che manca contro il venditore (v. nota seguente).

[4]) Il Baron, op. cit. p. 78, n. 31 sembra mettere in dubbio che Gaio affermi nella l. 27 § 2. essere indifferente per la responsabilità del compratore, che egli abbia concesso allo schiavo un nuovo peculio o lasciato l'antico. Ma io non sono riuscito ad intender bene nè il motivo di questo dubbio, nè le osservazioni con cui si vorrebbe appoggiarlo. Ingiustificata è anche la limitazione che il Baron, op. cit. p. 94, porta alla generalità del principio sancito nella l. 27 § 2, che cioè il compratore, il quale abbia acquistato lo schiavo insieme col peculio, sia tenuto sola-

l. 58 § 3 D. 17. 2 [1]), quando decide che « si servus meus societatem cum Titio coierit et alienatus in eadem permanserit, potest dici ... tam adversus me quam adversus emptorem ex his causis quae ante alienationem inciderunt dandam actionem » [2]).

Infine l'ammissibilità dell'actio de peculio contro il compratore, e s'intende per i debiti preesistenti, è riconosciuta dalla l. 10 D. 14. 4 [3]), in opposizione all'actio tributoria.

6. Un più attento esame merita la l. 11 § 8 D. 15. 1 [4]), in cui si propone l'ipotesi che il creditore comperi lo schiavo « cuius nomine de peculio habebat actionem ». Convenuto da un altro creditore, potrà dedurre « quod sibi debetur, quoniam adversus venditorem habeat actionem de peculio »?

Il dubbio nasce dal principio [5]), che Ulpiano enuncia nella l. 11 § 6 D. h. t.:

« Quod autem deduci debere diximus id quod debetur ei qui de

mente quando non siasi pattuito un prezzo speciale per il peculio. L'equivoco del Baron è evidente; in tal caso contro il compratore spetterebbe l'actio annalis (v. nota precedente), mentre la l. 27 § 2 accorda contro il compratore l'actio de peculio accanto all'actio annalis che compete contro il venditore.

[1]) Ulpianus, *l. 31 ad edictum*: « Si servus meus societatem cum Titio coierit et alienatus in eadem permanserit, potest dici alienatione servi et priorem societatem finitam et ex integro alteram inchoatam, atque ideo et mihi et emptori actionem pro socio competere, item tam adversus me quam adversus emptorem ex his causis quae ante alienationem inciderunt dandam actionem, ex reliquis adversus emptorem solum ».

[2]) Il confronto della l. 58 § 3 cit. con la l. 27 § 2 cit. mostra come abbia torto il Pernice, *Labeo*, I, p. 149, di affermare che lo schiavo deve essere stato venduto col peculio, perchè altrimenti il compratore non potrebbe rispondere dei debiti contratti dallo schiavo prima della vendita. « Nihil interest », replicheremo con Gaio, « aliud apud novum dominum adquisierit peculium an quod pariter cum eo emerit eidem concesserit ».

[3]) Paulus, *l. 30 ad edictum*: « De peculio actione etiam cum emptore servi agi potest, tributoria non potest ».

[4]) Ulpianus, *l. 29 ad edictum*: « Idem (Iulianus) scribit, si quis servum, cuius nomine de peculio habebat actionem, comparasset, an possit deducere quod sibi debetur, quoniam adversus venditorem habeat actionem de peculio? Et recte ait posse: nam et quivis alius potest eligere, utrum cum emptore an cum venditore ageret: hunc igitur eligere pro actione deductionem. Nec video quid habeant creditores quod querantur, cum possint ipsi venditorem convenire, si quid forte putant esse in peculio ».

[5]) Cfr. su di esso Mandry, *Familiengüterrecht*, II, p. 387 sgg.

peculio convenitur, ita accipiendum est, si non hoc aliunde consequi potest »;

perchè qui appunto il compratore ha l'actio de peculio annalis contro il suo autore. Tuttavia Giuliano, riflettendo che non v'è ragione di fare al creditore-compratore una posizione diversa e peggiore di quella riconosciuta a tutti i creditori, sol perchè in lui si congiunge alla qualità di creditore l'altra di compratore, risponde che questi potrà esercitare la deduzione:

« nam et quivis alius potest eligere, utrum cum emptore an cum venditore ageret: hunc igitur eligere pro actione deductionem ».

Mentre conferma la regola, che il compratore è tenuto verso i creditori per i negozi conclusi col servo prima dell'alienazione, la l. 11 § 8 reca una notizia nuova, che l'attore deve scegliere tra l'actio annalis contro il venditore e l'actio de peculio contro il compratore. Quando, come nella specie qui considerata, il creditore è ad un tempo compratore, non potendo egli agire contro sè stesso, avrà invece dell'actio de peculio la deductio ex peculio. Sicchè, come ogni altro creditore ex ante gesto ha a sua disposizione l'actio annalis e l'actio de peculio, così il creditore-compratore ha l'actio annalis e la deduzione [1]); e il suo diritto di scelta deve essere illimitato al pari del diritto di tutti gli altri creditori.

Indubbiamente a costoro potrebbe piacere che il compratore lasciasse loro tutto il peculio senza alcuna deduzione, e si riservasse di far valere il suo credito contro il venditore. Ma Ulpiano [2]) replica: « nec video quid habeant creditores quod querantur, cum possint ipsi venditorem convenire, si quid forte putant esse in peculio ».

[1]) Cfr. l. 47 § 4 D. 15. 1. — PAULUS, *l. 4 ad Plautium*: « Non tantum autem quivis creditor cum venditore ex ante gesto agere potest, sed et ipse emptor, idque et Iuliano videtur, quamvis et deducere ipse potest adversus alium agentem, dum tamen id, quod apud se habet, computet ».

[2]) Già la sostituzione della prima alla terza persona [« idem (Iulianus) *scribit*... et recte *ait* posse... hunc eligere... — nec *video* »] non permetterebbe di dubitare che l'ultimo periodo « nec video... in peculio » provenga da Ulpiano. Ma chi non si sentisse ancora tranquillo, richiami alla mente la circostanza, che, come dimostriamo nel testo, il periodo finale implica la facoltà di esercitare successivamente l'actio de peculio e l'actio annalis, il che ripugna alle idee ben note di Giuliano.

Il motivo è buono. Tanto vale pei creditori che ciò, che è dovuto al compratore, sia tolto dal peculio che si trova presso costui, quanto che sia sottratto dal peculio del venditore, contro cui il compratore si rivolgerebbe, se non fosse autorizzato a compiere la deduzione: sull'uno o sull'altro peculio i creditori dovrebbero pur subire il concorso del compratore. Lascino dunque che questi preferisca, se vuole, la deductio; così il peculio, che sta presso il venditore, sarà interamente devoluto alla soddisfazione delle loro ragioni.

Ulpiano, ripeto, ci convince. Ma come si può mettere d'accordo il motivo da lui addotto con la scelta, che, secondo Giuliano, di cui Ulpiano riferisce ed accetta la dottrina, avrebbero i creditori tra l'actio annalis e l'actio de peculio? E sopratutto quale rapporto passa tra il motivo ulpianeo e la consumazione processuale?

Il giureconsulto rinvia i creditori, i quali non possono essere soddisfatti interamente a causa della deduzione che opera il compratore convenuto coll'actio de peculio, all'actio annalis che loro compete contro il venditore. Ma, se essi hanno già promosso l'actio de peculio contro il compratore, non hanno forse con ciò consumato l'actio annalis contro il venditore? Sicchè i creditori debbono subire la deduzione, agendo contro il compratore, e perdono in pari tempo l'azione contro il venditore: le parole di Ulpiano « nec video quid habeant creditores quod querantur » aggiungerebbero poi al danno le beffe.

Si dirà, per togliere alla frase ogni senso d'ironia, che Ulpiano offre ai creditori la scelta di agire o col venditore o col compratore: siano essi giudici di ciò che meglio convenga fare nel caso concreto, ma sappiano che sul peculio del compratore non possono contare che previa deduzione dei crediti spettanti allo stesso compratore. Se non che i creditori potrebbero tuttavia lamentarsi di questa deduzione accordata al compratore pel credito ex ante gesto: senza di essa il suo peculio sarebbe, per ipotesi, più pingue di quello del venditore, e i creditori avrebbero tornaconto ad esercitare l'azione contro di lui anzichè contro il venditore. È evidente: l'argomentazione di Ulpiano « nec video quid habeant creditores quod querantur, cum possint ipsi venditorem convenire, si quid forte putant esse in peculio » riesce esatta, solo se si ammette che i creditori possano agire successivamente contro il compratore e il venditore; perchè unicamente in quest'ipotesi è per loro indifferente che il compratore deduca il suo cre-

dito dal proprio peculio, o che riduca di altrettanto il peculio del venditore perseguendolo con l'actio annalis.

Inesorabilmente l'esame, appena approfondito, della l. 11 § 8 mena ad una conseguenza assai grave. La questione del concorso delle azioni, che la l. 37 § 2 lasciava impregiudicata, la l. 11 § 8 presuppone risolta nel senso che sia possibile intentarle ambedue. I principii sulla consumazione processuale appariscono violati: e in proposito ci aspetteremmo di essere istruiti dagli autori che hanno scrutato l'enigma della consumazione nell'actio de peculio.

Ahimè, la critica più recente, mentre evoca l'ombra di Triboniano per la l. 37 § 2, che alla teoria della consumazione non fa nè bene nè male, trascura del tutto la l. 11 § 8, che, con l'ammettere implicitamente il cumulativo esperimento dell'actio de peculio e dell'actio annalis contro compratore e venditore, turba la dottrina comune, la quale dall'identità dell'intentio nelle due azioni deduce la loro reciproca consumazione!

La l. 11 § 8 ci ricorda un altro passo di Ulpiano, la l. 32 pr. D. h. t. Ivi Giuliano insegna che l'actio annalis esercitata contro uno degli eredi estingue tutte le altre [1]), e coerentemente nella l. 11 § 8 parla di scelta fra l'actio de peculio e l'actio annalis. Il testo ulpianeo qui finisce col portare una giustificazione della decisione di Giuliano che suppone il cumulo e non la scelta tra le azioni; la chiusa della l. 32 pr. ammette la rescissione della consumazione.

La somiglianza estrinseca fra i due passi è davvero impressionante. E grande avrebbe potuto essere il vantaggio di raffrontarli insieme, nel momento che gli interpolazionisti si accingevano a condannare come tribonianea l'ultima parte della l. 32 pr. « sed licet hoc iure contingat, tamen rel. ». Chi sa che la necessità di involgere nella stessa condanna anche la fine della l. 11 § 8, la cui forma è pure irreprensibile, non avrebbe fatto sorgere degli scrupoli? Chi sa che la spiegazione, che per la l. 11 § 8 si presenta tanto facile e sicura nella distinzione di ciò che proviene da Giuliano e di ciò che è pensiero

[1]) La scoperta del LENEL, *Neue Ulpianfragmente*, nei « *Sitzungsberichte der königlich preussischen Akademie der Wissenschaften* », 39 (1904), p. 1156 sgg., ci mette in grado di soggiungere che questa opinione era professata da Giuliano anche nell'ipotesi di due usufruttuarii o possessori di buona fede tenuti con l'actio de peculio.

d'Ulpiano, non avrebbe aiutato a sospettare anche nella l. 32 pr., malgrado le soppressioni dei compilatori [1]), fin dove giunga la relazione della dottrina giulianea, e dove cominci l'esposizione da parte di Ulpiano della dottrina propria?

Ma potrebbero accusarmi che io sbrigli la fantasia col senno del poi, e m'affretto ad abbandonare questo argomento.

7. Chi cerchi quale potè essere la difficoltà dommatica, che i Romani dovettero vincere, per concedere l'actio de peculio contro il compratore [2]) dello schiavo sulla base di obbligazioni contratte antecedentemente, non andrà lungi dal vero, supponendo che essa sia stata dello stesso genere di quella accennata nella l. 42 D. 15. 1 [3]) per il filius familias.

Sabino e Cassio rifiutavano l'azione contro l'arrogatore « ex ante gesto »; Ulpiano approva invece l'opinione di altri giureconsulti (« quidam »), che quell'azione ritenevano dovesse accordarsi [4]).

[1]) Come mostra il LENEL, op. cit. p. 1162, è assai verosimile che il testo originale dicesse « alterum conventum alterum liberare Iulianus ait » al posto di « unus conventus ceteros liberat », con che la citazione era nitidamente distinta dall'opinione propria del riferente.

[2]) Abbiamo parlato e continueremo a parlare di compratore e venditore, essendo questo il caso più spesso contemplato nei testi; ma non è da dimenticare la saggia avvertenza di Paolo (l. 4 ad Plautium) nella l. 47 § 6 D. 15. 1: « Quae diximus in emptore et venditore, eadem sunt et si alio quovis genere dominium mutatum sit, ut legato, dotis datione, quia quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intellegitur, ubicumque esset ».

Per ciò che riguarda il legato del peculio, la l. 47 § 6 cit. non è punto in contraddizione con la l. 1 § 7 D. 15. 2 (diversamente KARLOWA, op. cit. II, p. 1151). Quest'ultima tratta soltanto la questione della legittimazione passiva dell'actio annalis, e se nega che il legatario, cui è stato lasciato lo schiavo insieme col peculio, sia tenuto con l'actio annalis, non intende escludere che sia passibile dell'actio de peculio, quando ne ricorrano i presupposti, vale a dire il legatario abbia concesso allo schiavo lo stesso peculio che aveva presso il testatore o uno nuovo. (In altro modo tenta di conciliare le due leggi MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 402 sgg.).

[3]) ULPIANUS, *l. 12 ad edictum*: « In adrogatorem de peculio actionem dandam quidam recte putant, quamvis Sabinus et Cassius ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam existimant ».

[4] Di quale opinione fosse Pomponio, non si può desumere dalla l. 7 D. 33. 8.

POMPONIUS, *l. 7 ad Sabinum*: « Si quis creditori suo adrogandum se dederit et agetur de peculio cum adrogatore, idem puto dicendum, quod de herede dicitur ».

Qua si concede all'arrogatore convenuto de peculio il diritto di dedurre i suoi crediti, anche se anteriori all'arrogazione; ma non è detto che l'actio de peculio

Certo l'arrogazione ha per effetto di estinguere i debiti dell'arrogato [1]), ma a ciò rimedia la restitutio in integrum promessa dall'editto pretorio [2]); nè quindi il dubbio di Sabino e Cassio, se competesse l'actio de peculio ex ante gesto, può derivare da ciò che il debito si è estinto per capitis deminutio. A quel modo che il creditore ottiene dal pretore l'actio ficticia « rescissa capitis deminutione » contro l'arrogato, e il pater familias deve assumerne la difesa, o lasciare che i creditori si soddisfino sui beni dell'arrogato acquistati dall'arrogante insieme con la potestas sulla persona, così la deminutio capitis non dovrebbe fare difficoltà a che si desse l'actio de peculio contro l'arrogante, quando l'arrogato ha presso di lui un peculio.

Se Sabino e Cassio poterono essere d'opinione contraria, la ragione se ne deve trovare nella circostanza, che il credito è sorto in un tempo in cui mancava la patria potestas dell'arrogatore e non esisteva un peculio [3]). La stessa considerazione si opporrebbe a che potessero farsi valere contro il nuovo domino obbligazioni dallo schiavo contratte sotto il proprietario precedente e in relazione ad un altro peculio.

La giurisprudenza classica ha superato gli ostacoli nell'uno e nell'altro caso, spinta da una medesima tendenza ad apprezzare sempre

sia promossa per un rapporto precedente, « ex ante gesto », quindi non si può affermare che Pomponio fosse di opposto avviso rispetto a Sabino (cfr. KELLER, *Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts*, 3, p. 181, n. 29).

[1]) Cfr. GAI, IV, 38, ed anche IV, 80, III, 84.

[2]) Cfr. l. 2 § 1 D. 4. 5.

[3]) L'opinione dei Sabiniani aderisce alle parole dell'editto « quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum erit », le quali sembrano esigere la potestas al momento del negotium, perchè sia fondata l'actio de peculio. Cfr. MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 358; ZIMMERN, *Geschichte des röm. Privatrechts*, I, 2, p. 710, n. 53; UNTERHOLZNER, *Schuldverhältnisse*, I, p. 431, nota *a*. D'altro avviso COHN, *Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts*, I, 2, p. 305 sgg., e STEFANO, sch. 172 ad h. l. (ZACHARIAE, *Supplem.* p. 127), secondo cui la difficoltà deriverebbe dall'estinzione dell'obbligazione per capitis deminutio.

Un'interpretazione originale, ma del tutto falsa, è quella del KELLER, *Jahrb. d. gem. d. Rechts*, 3, p. 181, giusta la quale Sabino e Cassio avrebbero pensato che potesse bastare ai creditori il diritto di agire in solidum contro l'arrogatore, ed eventualmente di rifarsi sul patrimonio dell'arrogato. Peraltro è troppo evidente che all'actio de peculio i creditori non avevano interesse di ricorrere, se non quando fosse mancato o fosse stato insufficiente il patrimonio dell'arrogato, cioè nel caso in cui l'arrogatore non avrebbe assunto la defensio dell'arrogato, e dalla vendita dei beni di quest'ultimo i creditori non avrebbero potuto essere soddisfatti.

più la personalità del figlio e dello schiavo. Che l'attuale filius familias abbia contratto l'obbligazione quando era persona sui iuris, che lo schiavo siasi obbligato quando si trovava presso un altro padrone, nulla toglie al fatto che la persona del figlio e dello schiavo rimane sempre la stessa, e che il peculio, sia o no costituito degli stessi beni, tien sempre le veci del patrimonio [1]) del sottoposto, ed è quindi naturale che serva alla soddisfazione dei suoi debiti, in qualunque tempo contratti [2]).

Io non esito pertanto ad accogliere la stessa soluzione della l. 42 rispetto alle obbligazioni che il figlio avesse assunte sotto la patria potestà, ma prima della concessione del peculio [3]). E poichè la regola deve valere anche per il servo, così non solo aderisco all'insegnamento comune [4]), che il pater familias è obbligato pei debiti sia pure contratti prima della concessione del peculio, ma, per tornare al caso del compratore, reputo col Mandry [5]) che egli sia tenuto per i debiti ex ante gesto, anche se lo schiavo non avesse avuto un peculio presso l'antico proprietario [6]).

8. Ora che abbiamo esaminato donde nascesse la responsabilità del compratore per le obbligazioni ex ante gesto, la quale si aggiungeva alla responsabilità del venditore tenuto con l'actio annalis, dobbiamo studiare un po' minutamente i rapporti che possono intercedere tra il vecchio e il nuovo padrone.

Mentre, e lo vedemmo nella l. 11 § 8 cit., il compratore può agire per i suoi crediti anteriori alla compera contro il venditore, questo

[1]) *Veluti patrimonium*: § 10 I. 4. 6; l. 39 D. 15. 1.

[2]) Questo è il concetto che vuole esprimere Paolo nella l. 47 § 6 cit., quando afferma doversi applicare a qualsiasi mutamento del dominio ciò che si è detto per la vendita, « quia quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intellegitur, ubicumque esset ».

[3]) Contro, MAREZOLL, *Zu der Lehre von dem s. g. profectitium peculium* nella « *Linde's Zeitschr.* », N. F. 5, p. 214 sgg. e SAVIGNY, *Obligationenrecht*, I, p. 211. Ma vedi, in senso conforme all'opinione da noi sostenuta, MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 132 sgg. (e gli autori ivi citati), sebbene egli ritenga che non sia lecito argomentare dalla l. 42 D. 15. 1.

[4]) Cfr. PERNICE, *Labeo*, I, p. 129, n. 67; KARLOWA, op. cit. II, p. 1140, n. 1; BONFANTE, *Istituzioni*, p. 159.

[5]) *Pec. dupl. iur.* p. 402.

[6]) I nostri testi suppongono tutti che anche presso il venditore lo schiavo avesse un peculio, poichè accordano contro l'alienante l'actio annalis.

diritto invece non compete al venditore, il quale non è autorizzato, secondo l'opinione di Giuliano riferitaci da Gaio nella l. 27 § 4 D. 15. 1 [1]), « de eo, quod ante venditionem crediderit, cum emptore de peculio agere ». Che se avesse venduto il servo insieme col peculio, allora Giuliano, ce lo apprende la l. 11 § 7 D. 15. 1 [2]), accordava al venditore, che avrebbe potuto detrarre il credito dal peculio, e non l'ha fatto, la condictio contro l'acquirente, come se avesse pagato ciò che non era dovuto, « quoniam non est in peculio quod domino debetur », o anche l'actio ex vendito, purchè beninteso « tantum fuit in peculio cum venderet, ut satisfacere debito dominus possit » [3]). Che se il peculio si fosse accresciuto in seguito [4]), e permettesse ora di soddisfare l'antico domino, non per questo egli potrebbe pretendere di essere pagato [5]). Così decidendo, Giuliano è logico, perchè l'avviso contrario

[1]) Gaius, *l. 9 ad edictum provinciale*: « Sed ipsi, qui vendiderit servum, non putat Iulianus de eo, quod ante venditionem crediderit, cum emptore de peculio agere permittendum ».

[2]) Ulpianus, *l. 29 ad edictum*: « Denique Iulianus scribit venditorem, qui servum cum peculio vendidit, si de peculio conveniatur, non debere deducere quod sibi debetur: potuit enim hoc ex ratione peculii detrahere et nunc condicere quasi indebitum (quoniam non est in peculio quod domino debetur). Potest, inquit, etiam ex vendito agere. Quod ita erit probandum, si tantum fuit in peculio cum venderet, ut satisfacere debito dominus possit: ceterum si postea quid accessit condicionibus debiti existentibus, quod dominus non distraxerat, contra erit dicendum ».

[3]) L'insegnamento della l. 11 § 7 trova una conferma nella l. 47 § 5 D. h. t.:

> Paulus, *l. 4 ad Plautium*: « Si servus deducto peculio venditus sit, procedit, ut venditor et deductione uti possit, et, si post venditionem coeperit aliquid venditori servus debere, non minuit peculia, quia non domino debet »,

dove Paolo, per ammettere il venditore a dedurre dal peculio i crediti verso lo schiavo anteriori alla vendita, muove dall'ipotesi che il servo sia stato venduto « deducto peculio ». Altrimenti, se cioè lo schiavo fosse stato alienato insieme col peculio, il venditore potrebbe essere convenuto con l'actio annalis, ma non potrebbe più usare del ius deductionis, secondo che rilevasi dalla l. 11 § 7 cit.

[4]) Si pensi per es. alle accessiones ricordate dalla l. 31 D. 18. 1:

> Pomponius, *l. 22 ad Sabinum*: « Sed et si quid postea accessit peculio, reddendum est venditori, veluti partus et quod ex operis vicarii perceptum est »,

di cui questo frammento ordina la restituzione al venditore, perchè nella fattispecie (cfr. l. 29 D. eod.) il servo non era stato venduto insieme col peculio.

[5]) La lezione del passo nell'ultima frase « ceterum si postea rel. » è tutt'altro che chiara: donde le emendazioni proposte (cfr. Schulting, Mommsen ad h. l.: ma vedi contro, Keller, *Comment.* p. 112 sgg., Mandry, *Pec. dupl. iur.* p. 412,

presupporrebbe che il compratore fosse tenuto al pagamento dei debiti dallo schiavo contratti verso il precedente proprietario, mentre invece

n. 30). Ciò malgrado, non mi par dubbio il senso generale da me indicato nel testo.

Certamente s'inganna il BEKKER, *Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht* 4, p. 519, supponendo che Ulpiano voglia accordare al venditore l'actio de peculio, quando egli non riesca a soddisfarsi con gli altri mezzi indicati nella l. 11 § 7 (contro MENGE, op. cit., p. 66). Ma non mi sembra buona neanche l'interpretazione del KELLER, *Comment.*, p. 112 sgg., secondo cui il testo affermerebbe che, se dopo la vendita si avvera la condizione apposta ad un credito peculiare non compreso nella vendita, cessa la condictio per quel tanto per cui il credito peculiare rimasto al venditore copre il debito dello schiavo verso di lui, e il venditore convenuto con l'actio annalis de peculio può esercitare la deductio. Ulpiano non dice che sia stato eccettuato dalla vendita del peculio qualche cespite che ne faceva parte; e non si può addurre in questo senso la frase « quod dominus non distraxerat », perchè vi ripugna tutto il contesto. Il periodo « quod ita erit probandum rel. » ha per fine di limitare l'insegnamento di Giuliano, precisando i casi in cui possono competere la condictio e l'actio ex vendito. Ora, se la prima parte del periodo accorda queste azioni pel caso in cui il peculio fosse sufficiente nel momento della vendita a soddisfare i crediti del padrone, la seconda parte per buona logica deve negarle, allorchè il peculio non fosse in quel tempo capace, e a ciò alludono chiaramente le parole « ceterum si postea quid accessit ». Invece il caso supposto dal Keller non è in antitesi con quello contemplato nella proposizione precedente, e sopra tutto non rientra nell'ipotesi giulianea: perchè Giuliano aveva negato la deductio e accordato le azioni contro il compratore, quando il peculio fosse stato venduto, mentre il Keller immagina una vendita soltanto parziale, ed allora è sicuro che per la parte invenduta non si applicano i principii dettati da Giuliano, ma si fa luogo regolarmente alla deductio. Infine l'ipotesi del Keller costringe a riferire le parole « si postea quid accessit » ad un acquisto fatto dal venditore, laddove, essendo stato il peculio venduto, non si può ragionevolmente parlare di accessione se non per il peculio che si trova presso il compratore.

Il principio, che il nostro testo enuncerebbe secondo l'interpretazione del FABRO, *Rationalia* ad h. l, mi sembra esatto: se il debito è aumentato (pongasi che fosse un debito usurario) posteriormente alla vendita, non per questo l'azione contro il compratore va oltre la quantità che era dovuta al momento della vendita e che non fu detratta dal peculio. Ma, per rendere possibile la sua interpretazione, il Fabro deve proporre due sostituzioni, di *exigentibus* a « existentibus », e di *detraxerat* a « distraxerat »; e nondimeno il testo rimane oscuro più che non convenga.

Pertanto io rinuncio (e mi pare prudente) a determinare il significato dell'inciso « condicionibus debiti existentibus, quod dominus non distraxerat ». Mi basta di poter evincere con qualche probabilità il senso della frase: « ceterum si postea quid accessit, contra erit dicendum ».

Neppure gli scoli ai Basilici offrono qui alcun sussidio. Cirillo (sch. 66, ZACHARIAE, *Supplem.* p. 213) suppone che il venditore sia convenuto de peculio per debiti, di cui ora si è verificata la condizione. Stefano (sch. 67, ZACHARIAE, *Supplem.* p. 214) immagina il domino « id peculium, quod appareret, cum servo vendidisse, debitum autem conditionale retinuisse ».

Giuliano nella l. 27 § 4 cit. ha escluso che il venditore abbia l'actio de peculio contro il compratore [1]).

Lo stesso diritto, di ritenere ex peculio ciò che è dovuto dallo schiavo, o di agire per il ricupero con la condictio [2]), è concesso al venditore nella l. 30 pr. D. 19. 1 [3]). Se non che la decisione, anche pel punto che ci interessa, è stata attribuita a Triboniano [4]).

Indubbiamente i compilatori delle Pandette convertirono la condictio furtiva d'azione nossale in actio de peculio; per questo riguardo non è lecito avere un'opinione diversa da quella del Pampaloni [5]).

[1]) Si veggano ancora le ll. 29 e 30 D. 18. 1, le quali accordano al venditore, cui il servo abbia sottratta una res peculiaris (nel caso contemplato da questi passi il peculio non era stato venduto), la condictio furtiva contro il compratore « si res ad emptorem pervenit », l'actio ad exhibendum e l'actio ex vendito.

[2]) Il confronto con la l. 11 § 7 cit. dimostra essere infondati i dubbii del PERNICE, *Labeo* III, p. 251, n. 2 (cfr. anche R. VON MAYR, *Die condictio des röm. Privatrechtes*, p. 234, 416) contro la genuinità della condictio accordata dalla l. 30 pr. Cfr. anche le ll. 45 D. 12. 6 e 3 § 10 D. 35. 3, dove parimenti la condictio è data per un « plus debito solutum ».

Il lettore noterà che io mi sono astenuto dal qualificare la condictio dei nostri due frammenti come condictio indebiti. Per quanto essa venga giustificata col richiamo a un « quasi indebitum » (cfr. anche l. 34 pr. e 59 D. 46. 3), e a un « plus debito solutum », pure, perchè la materia è estranea al tema su cui verte il nostro studio, e perchè lo stato attuale della scienza romanistica non consente forse una soluzione sicura, è bene riservare ogni giudizio sull'attitudine assunta da Giuliano di fronte alla partizione sistematica delle condictiones. (Cfr. l. 60 D. 30, dove Giuliano sembra accordare una incerti condictio « quasi plus debito solverit », e su di essa TRAMPEDACH, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 17, p. 104 sgg., p. 114 sgg., PFLUEGER, *Zeitschr. d. Sav. Stift. f. Rechtsgesch.* 18, p. 86, *Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo*, p. 35, MAYR, op. cit. p. 186 sgg., DI MARZO, *Studii sulla condictio*, p. 15).

[3]) AFRICANUS, *l. 8 quaestionum:* « Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res quam subripuit interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. Nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset, tamen in proposito et retentionem me habiturum et, si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere. Secundum quae dicendum: si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris et consumpseris, condictio eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit ».

[4]) Cfr. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto*, fasc. 2, p. 71.

[5]) E debbono perciò essere corrette le affermazioni, che io ho enunciato, prima che fosse pubblicato lo scritto del Pampaloni, nel *Bullettino dell' Istituto di Diritto rom.* XI, p. 131 sgg.

Tuttavia ritengo che l'interpolazione della l. 30 pr. cit. sia meno estesa di ciò che è sembrato all'acuto professore di Pisa.

L'antico proprietario dello schiavo non aveva alcuna azione de peculio contro il nuovo domino, se il servo avesse commesso il furto dopo il trapasso della proprietà. Pare a me che proprio da questa norma del diritto classico, che il Pampaloni ha messo così bene in luce, nascesse il dubbio risoluto da Giuliano, a cui Africano attinge anche nella 30 pr. È noto infatti, e ce ne occuperemo di proposito nel numero seguente, che per le obbligazioni, assunte dallo schiavo verso l'antico padrone dopo uscito dalla sua potestà, si dà l'actio de peculio contro l'attuale proprietario; per le obbligazioni anteriori, giusta la l. 11 § 7, si concede la ritenzione dal peculio o la condictio. Questi due mezzi (ritenzione e condictio) fanno dunque per i debiti precedenti le veci dell'actio de peculio ammessa per i debiti posteriori. Potrebbe pertanto sembrare che nel caso supposto dalla l. 30 pr., poichè dopo la cessazione del dominio non compete l'actio de peculio, prima non si debba consentire la ritenzione. Siffatta conclusione è giustamente respinta dai nostri giureconsulti, ma il dubbio affacciato non è certo più strano di tanti altri che vediamo confutati nelle fonti.

Per i delitti commessi dal sottoposto non compete contro il pater familias l'actio de peculio [1]); ciò vale pel furto, come per ogni altro delitto. Quindi, dopo l'alienazione del servo, il furto, che egli commetta a danno dell'antico proprietario, non può far nascere un'azione de peculio. Ma pel tempo precedente all'alienazione decide un altro principio; se cioè il sottoposto divenga debitore del pater familias anche per i delitti, e se queste obbligazioni diminuiscano il peculio. Il quesito è testualmente risolto dalle ll. 4 § 3-4 [2]), 9 § 6 D. 15. 1 [3]),

[1]) Sibbene l'actio noxalis.

[2]) Pomponius, *l. 7 ad Sabinum*: « Sed saepe fit, ut ignorante domino incipiat minui servi peculium, veluti cum damnum domino dat servus aut furtum facit. (§ 4) Si opem ferente servo meo furtum mihi feceris, id ex peculio deducendum est, quod minus ob rem subreptam consequi possim ».

[3]) Ulpianus, *l. 29 ad edictum*: « Sive autem ex contractu quid domino debeat sive ex rationum reliquis, deducet dominus. Sed et si ex delicto ei debeat, ut puta ob furtum quod fecit, aeque deducetur. Sed est quaestionis, utrum ipsi furti aestimatio, id est id solum quod domino abest, an vero tantum, quantum, si alienus servus commisisset, id est cum furti poenis? Sed prior sententia verior est, ut ipsa furti aestimatio sola deducatur ».

9 § 1 D. 33. 8 [1]); non la pena del furto, ma l'aestimatio furti deve essere dedotta dal peculio [2]). Perciò il padrone, che è stato derubato dallo schiavo, avrà diritto di detrarre dal peculio, prima di farne la consegna al compratore, il valore della cosa sottratta, o altrimenti di ripeterlo con la condictio. Nel caso previsto da Africano si opponeva ancora un'altra difficoltà, e cioè che la cosa rubata era perita. Ma il giureconsulto ha ragione di non tenerne conto, e di accordare ugualmente la ritenzione, perchè, come l'obbligazione del ladro convenuto con la condictio furtiva non vien meno per il perimento della cosa [3]), così per lo stesso motivo non si estingue il debito dello schiavo da dedursi dal peculio.

Ciò posto, ecco come, a mio modo di vedere, dovette essere concepito il passo di Africano nell'opera originale:

> « Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res quam subripuit interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, [*id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium*] [4]), eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. Nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, [*aut*] omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem [*aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset*], tamen in proposito et retentionem me habiturum et, si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere » [5]).

[1]) Paulus, *l. 1 ad Sabinum*: « Si conservum suum vulneraverit servus et viliorem fecerit, Marcellus non esse dubitandum deduci ex peculio, quod domino interesset (nam quid interest, conservum vulneret an scindat aliquid vel frangat an subripiat? quo casu sine dubio minuitur peculium), sed non ultra simplum ».

Cfr. anche l. 27 § 1 D. 15. 1. E sui testi citati Pernice, *Labeo* I, p. 154. n. 4, Buhl, *Salvius Iulianus*, p. 205.

[2]) Cfr. Karlowa, op. cit. II, p. 1144: Stefano. sch. 51 (Zachariae, *Supplem.* p. 211): « poena enim non naturaliter debetur, sed a legibus inventa est ».

[3]) Cfr. l. 7 § 2, l. 8 pr., l. 16, l. 20 D. 13. 1; l. 1 § 35 D. 43, 16; l. 2 C. 4. 8.

[4]) Sulla probabile interpolazione di questo brano vedi il mio scritto *Ius deductionis e condemnatio cum deductione nell'actio de peculio*, p. 8, n. 1 (dell'estratto dagli Studi in onore di Carlo Fadda).

[5]) Do qui per gli opportuni confronti la restituzione proposta dal Pampaloni, loc. cit.:

> « Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. *Si* ea res quam subripuit interierit, retentionem eo nomine

Riassumendo, la l. 30 pr. coincide con la l. 11 § 7 cit. nell'accordare al venditore per i suoi crediti verso lo schiavo la retentio e la condictio. Che non gli spetti l'actio de peculio, è poi ribadito dalla l. 27 § 5 D. 15. 1 [1]), pel caso che si sia fatto credito ad uno schiavo altrui, poscia riscattato e quindi rivenduto: « aeque non putat (Iulianus) mihi in emptorem dari debere iudicium ».

L'actio de peculio, che io acquistai contro il domino del servo al momento della costituzione del credito, ha dato luogo, per effetto della compera, all'actio annalis contro il venditore, e alla deduzione che io potrò attuare sul peculio posseduto dallo schiavo presso di me; indarno io pretenderei che ora rivivesse contro chi ha comperato da me lo schiavo.

La stessa soluzione, e la ragione è ovvia, Giuliano adotta per l'ipotesi che non il padrone, ma un altro servo dello stesso domino abbia fatto credito allo schiavo, più tardi alienato [2]).

A tutte queste decisioni presiede un unico concetto, la cui verità non è stata mai messa in dubbio. Dai rapporti corsi tra padrone e schiavo non nasce obbligazione civile, e non può quindi derivare un'azione, anche se più tardi, pervenuto lo schiavo nel dominio altrui, esistesse un convenuto distinto dalla persona di chi dovrebbe essere attore [3]).

ex peculio me *non* habiturum ait, eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. Nam *et* si iam traditus furtum mihi fecisset omnino condictionem eo nomine non haberem ».

Il seguito da « aut eatenus » sino a « condicere » secondo il Pampaloni sarebbe tutto interpolato. Per l'ultima parte « secundum quae rel. » cfr. PFLUEGER, *Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo*, p. 39 sgg., le cui conclusioni sono peraltro discutibili.

[1]) GAIUS, *l. 9 ad edictum provinciale*: « Sed et si alieno credidero eumque redemero, deinde alienavero, aeque non putat mihi in emptorem dari debere iudicium ».

[2]) Cfr. l. 27 § 7 D. 15. 1. — GAIUS, *l. 9 ad edictum provinciale*: « Sicut autem de eo, quod ipse crediderim servo meo, non putat Iulianus in emptorem alienato eo actionem mihi dari debere, ita et de eo, quod servus meus servo meo crediderit, si is, cui creditum fuerit, alienatus sit, negat permitti mihi debere cum emptore experiri ».

[3]) Sullo stesso fondamento riposa la decisione di Scevola nelle ll. 54 e 58 D. 15. 1:

SCAEVOLA, *l. 1 responsorum:* « Filio familias uni ex heredibus praedia praelegavit ut instructa erant cum servis: hi servi domini debitores fuerunt:

9. — È superfluo avvertire che per le obbligazioni, contratte dallo schiavo dopo essere uscito dal dominio del venditore, questi avrà l'actio de peculio contro il compratore, al pari di qualunque altro creditore. Invece egli non potrà, ove sia convenuto con l'actio annalis, dedurre dal peculio i crediti posteriori, perchè l'obbligazione, assunta dallo schiavo, dopo la vendita, in favore dell'ex-proprietario, non è un debito verso il domino, e solo ciò che è dovuto al domino [1]) diminuisce il peculio: «non minuit peculium, quia non domino debet» [2]).

quaesitum est, an ceteris heredibus adversus eum actio de peculio competat. Respondit non competere».

SCAEVOLA, *l. 5 digestorum*: «Uni ex heredibus praedia legavit ut instructa erant cum servis et ceteris rebus et quidquid ibi esset: hi servi domino debitores fuerunt tam ex aliis causis quam ex ratione kalendarii? quaesitum est, an ceteris heredibus adversus eum pecuniae ab his debitae actio de peculio competit. Respondit non competere».

Agli eredi è negata l'actio de peculio contro il coerede prelegatario del servo e del peculio, perchè non può agli eredi competere pel credito del testatore quell'azione che mancava al domino defunto.

Rispetto alle ll. 54 e 58 citt. occorre domandarsi: esse rifiutano l'actio de peculio pura, o l'actio de peculio annalis? Poichè il prelegatario ha in parte lo schiavo ed il peculio a titolo d'erede, e con la morte del domino non vien meno alcuno dei requisiti del peculio, così, senza bisogno di una nuova concessione, il peculio continuerà ad esistere, purchè non vi sia ademtio, e l'erede prelegatario sarebbe soggetto all'actio de peculio propriamente detta, se questa fosse nel caso concreto ammissibile. Ma se non ostasse all'ammissibilità dell'actio annalis la stessa ragione che milita contro l'actio de peculio (di quale actio de peculio prenderebbe essa il posto?), il prelegatario potrebbe eventualmente essere tenuto anche con l'actio annalis, perchè, quantunque l'opinione dominante fra i giuristi romani negasse l'azione contro colui cui fosse stato legato lo schiavo insieme col peculio (v. sopra la nota 2 di p. 221), tuttavia qui è da osservare precisamente che il legatario è anche erede. (Perciò abbiamo stimato di poter argomentare dalle ll. 54 e 58 citt. a proposito della questione trattata sopra nella n. 4 di p. 210).

[1]) Bisogna aggiungere: o al successore del domino, anche se non abbia avuto mai lo schiavo nel suo potere. Infatti la l. 9 § 5 D. 15. 1 (ULPIANUS, *l. 29 ad edictum*) accorda la deductio al «creditor servi, qui heres exstitit domino eius .. sive libertatem servus acceperit sive non, idemque et si legatus sit pure servus... licet nullo momento dominium in manumisso vel legato pure habuerit». La decisione era enunciata nel l. 12 digestorum da Giuliano, il quale recava a sostegno di essa anche quest'argomento, che «si ei, qui post mortem servi vel filii intra annum potuit conveniri de peculio, heres exstitero, procul dubio deducam quod mihi debetur». Cfr. l. 8 § 1 D. 33. 8.

[2]) l. 47 § 5 D. 15. 1. — *Paulus, l. 4 ad Plautium*: «Si servus deducto peculio venditus sit, procedit, ut venditor et deductione uti possit [si ante venditionem servus ei aliquid debuerit *ins.* MOMMSEN], et, si post venditionem coeperit aliquid venditori servus debere, non minuit peculia, quia non domino debet».

A rapporti tra schiavo e venditore sorti dopo la vendita si riferisce anche la l. 38 § 3 D. 15. 1 [1]), la quale risolve un curioso dubbio sul contenuto dell'actio de peculio, data al domino che ha prestato denaro all'antico suo schiavo.

Non si discute ch'egli possa agire contro l'attuale proprietario, ma si domanda « an ita mihi in te actio de peculio dari debeat, ut deducatur id, quod apud me ex eo remanserit ».

Taluno pensava che il venditore avesse diritto solamente alla differenza fra l'ammontare del credito e il valore del peculio rimasto presso di lui. Era questo un errore, che Africano respinge molto seccamente: « quod quidem minime verum est ». Ma per noi è interessante già il fatto che una simile idea sia potuta balenare, che siasi potuto immaginare di estendere all'actio de peculio, intentata dal venditore pel pagamento di crediti posteriori alla vendita, un principio, il quale vigeva certamente per l'actio annalis, spettante al compratore che avesse avuto dei crediti verso lo schiavo prima di acquistarne la proprietà. Poichè quello che è falso nel caso previsto dalla l. 38 § 3, è al contrario verità positiva nell'ipotesi delle ll. 27 § 6 [2]) e 47 § 4 D. 15. 1 [3]).

Che il compratore avesse azione contro l'alienante per le obbligazioni verso di lui assunte dallo schiavo prima dell'alienazione, sapevamo già dalla l. 11 § 8 D. h. t., ma la l. 27 § 6, oltre che ricordarci che l'azione ha la durata di un anno da computarsi dal giorno della compera, « dumtaxat intra annum post redemptionem numerandum », ci fornisce una notizia quanto mai preziosa sul suo contenuto.

[1]) Africanus, *l. 8 quaestionum:* « Servo quem tibi vendideram pecuniam credidi: quaesitum est, an ita mihi in te actio de peculio dari debeat, ut deducatur id, quod apud me ex eo remanserit. Quod quidem minime verum est, nec intererit, intra annum quam vendiderim an postea experiar: nam nec ceteris quidem, qui tunc cum eo contraxerint, in me actio datur. In contrarium quoque agentibus mecum his, qui antea cum eo servo contraxissent, non deducam id, quod postea mihi debere coeperit. Ex quo apparet onus eius peculii, quod apud me remanserit, ad posterioris temporis contractus pertinere non debere »

[2]) Gaius, *l. 9 ad edictum provinciale*: « In venditorem autem dumtaxat intra annum post redemptionem numerandum de eo, quod adhuc alieno crediderim, dandam esse mihi actionem existimat deducto eo, quod apud me peculii servus habebit ».

[3]) Paulus, *l. 4 ad Plautium*: « Non tantum autem quivis creditor cum venditore ex ante gesto agere potest, sed et ipse emptor, idque et Iuliano videtur, quamvis et deducere ipse potest adversus alium agentem, dum tamen id, quod apud se habet, computet ».

Giuliano mi accorda l'azione « de eo quod adhuc alieno crediderim », però « deducto eo quod apud me peculii servus habebit ». E Paolo nella l. 47 § 4, invocando ancora l'autorità di Giuliano, « idque et Iuliano videtur », dichiara che col venditore può agire ex ante gesto non solo qualunque creditore, ma lo stesso compratore, « dum tamen id, quod apud se habet, computet ».

Il principio è dunque nelle fonti lucidamente attestato, e sarà più innanzi avvalorato dalla circostanza che un principio eguale informa i rapporti tra usufruttuario e proprietario. Il compratore, che fosse già creditore del servo, ha l'actio annalis contro il venditore, ma deve detrarre dall'ammontare del credito il valore del peculio « quod apud se habet ». Vi è perfetta corrispondenza tra il suo diritto, allorchè esso è convenuto da un altro creditore, e l'obbligo suo, quando è lui che agisce contro il venditore. Chiamato in giudizio da un terzo, egli ha diritto di dedurre il suo credito dal peculio, cioè ha diritto di soddisfarsi per primo sul peculio stesso; agendo alla sua volta contro il venditore, egli non può esigere da costui che il residuo, perchè anzitutto deve pagarsi col peculio che è nelle sue mani. La regola dettata da Giuliano riposa sullo stesso fondamento della deductio, che compete al domino convenuto con l'actio de peculio. Non si spiega forse il ius deductionis con la elegante osservazione di Pedio, che « non est verisimile dominum id concedere servo in peculium habere, quod sibi debetur » [1], rincalzata dall'altro motivo « quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur » [2], o più semplicemente perchè si ritiene « quasi sibi eum solvere, cum quis agere de peculio conabitur » [3]? Ebbene, se queste ragioni son giuste [4], per tali si debbono avere in ogni caso. Anche il compratore, che pretende il pagamento del suo credito dal venditore, si deve considerare abbia avocato a sè il peculio del servo, e si sia soddisfatto con esso sino a concorrenza del suo valore [5].

[1]) l. 9 § 4 D. 15. 1.

[2]) l. 9 § 2 D. eod.; cfr. anche l. 9 § 5.

[3]) l. 9 § 4 cit.

[4]) Cfr. sul loro valore dommatico MANDRY, *Familiengüterrecht* II, p. 394 sgg., PERNICE, *Labeo* I, p. 130 sgg., KARLOWA, op. cit. II, p. 1146, n. 3.

[5]) Cfr. STEFANO, sch. 74 (ZACHARIAE, *Supplem.*, p. 214): « ... emtor adversus venditorem de peculio intra annum nimirum agere potest, tamen deducit peculium apud se acquisitum, *quasi sibi ipse solvens* ».

Che su queste basi [1]) stia saldo il principio giulianeo, appare anche dall'erronea applicazione, che altri pensava di poterne fare, e dalla confutazione di Africano nella l. 38 § 3 cit. È indifferente, scrive il giureconsulto, che io agisca entro l'anno o più tardi, « nam nec ceteris quidem qui tunc cum eo (servo) contraxerint, in me actio datur ». Il dubbio, che io venditore dovessi agire « ita ut deducatur id quod apud me ex eo remanserit », sembrava più forte nel caso appunto che l'azione fosse da me promossa entro l'anno. Se io sono convenuto con l'actio annalis, ho bene il diritto di detrarre dal peculio il mio credito; è dunque giusto che, se in questo intervallo di tempo io mi faccio attore, non possa ottenere che la differenza tra il mio credito ed il peculio che ho già. Ma questo ragionamento era sbagliato di sana pianta, perchè dimenticava la distinzione essenziale tra i crediti sorti contro lo schiavo prima della vendita e quelli costituiti posteriormente. Per i crediti anteriori, il venditore può essere convenuto dagli altri creditori con l'actio annalis, ma non può agire, lo vedemmo, con l'actio de peculio contro il compratore. Per i crediti posteriori invece, egli non è tenuto, « nec ceteris quidem, qui tunc cum eo contraxerint, in me actio datur », ma può agire contro il compratore. D'altra parte, quando il venditore è chiamato a rispondere con l'actio annalis delle obbligazioni contratte dallo schiavo sotto la sua potestà, non può dedurre il credito acquistato posteriormente. « In contrarium quoque agentibus mecum his, qui antea cum eo servo contraxissent, non deducam id, quod postea mihi debere coeperit ». Sicchè nè il venditore è autorizzato a dedurre il credito nuovo, allorchè è intentata contro di lui l'actio annalis; nè egli, reclamandone

[1]) Cfr. BEKKER, *Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht*, 4, p. 520 sgg. — Assai discutibile mi sembra invece la tesi del Bekker, che sullo stesso fondamento poggi anche il principio, per cui i condomini non possono agire tra loro con l'actio de peculio (l. 19 § 2 e 20 D. 15. 1). L'illustre pandettista assume che l'attore dovrebbe dedurre l'importo del peculio comune, e quindi agire per la differenza, che è uguale a zero. A parte che ciò non sarebbe più vero nel caso che il credito fosse superiore all'ammontare del peculio, sopra tutto io penserei che, ammessa l'azione di un condomino contro l'altro, il convenuto dovrebbe essere condannato nella quota del peculio a lui appartenente, e l'attore alla sua volta dovrebbe dedurre dall'ammontare del credito la propria porzione di peculio. Pertanto l'esclusione dell'actio de peculio tra socii si giustifica col riflesso che le azioni pro socio e communi dividundo sono sufficienti a regolare i rapporti reciproci dei condomini (cfr. MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 391, e lo stesso BEKKER, op. cit. p. 521 i. f.).

il pagamento dal proprietario attuale, deve computare il valore del peculio rimasto presso di lui. Il peculio, da lui lucrato col cessare del suo dominio sullo schiavo, è vincolato ancora per un anno al pagamento dei debiti preesistenti; ma i nuovi debiti, che lo schiavo assume presso l'attuale padrone, non possono gravare sull'antico peculio. « Ex quo apparet onus eius peculii, quod apud me remanserit, ad posterioris temporis contractus pertinere non debere ».

La catena delle idee nel passo di Africano è stretta da una logica rigorosa; il suo ragionamento può riassumersi nell'assioma: i debiti contratti dallo schiavo sotto il nuovo domino, sia verso l'antico proprietario sia verso altri, non stanno in nessun rapporto col vecchio peculio. Ma per le obbligazioni nate anteriormente, se accada che soggetto attivo delle medesime sia il compratore, ed egli agisca con l'actio annalis de peculio contro il venditore, deve dedurre dalla somma del credito l'ammontare del peculio, che il servo eventualmente avesse presso di lui.

Peraltro, come potrà il giudice, investito del giudizio sull'actio annalis, tener conto del peculio di proprietà dell'attore? Donde egli deriverà la facoltà di sottrarre dal credito dell'attore l'ammontare del peculio a lui appartenente, quando la formula ordina di condannare il venditore convenuto nella misura del suo peculio, e non accenna menomamente al peculio del compratore attore? Ci toccherebbe ora d'affrontare un difficile problema di tecnica processuale, se io non avessi modo di rinviare il lettore ad un altro scritto [1]), in cui ho tentato di dimostrare che la formula normale dell'actiò de peculio riceveva nel nostro caso un'aggiunta, e portava una « condemnatio cum deductione ».

10. Verrà il momento in cui potremo utilizzare per la teoria della consumazione processuale i risultati conseguiti con le ricerche dei numeri precedenti. Ora per conoscere sotto ogni aspetto il rapporto nel quale, agli effetti della consumazione, si trovano l'actio de peculio contro il compratore e l'actio annalis contro il venditore, dopo che la motivazione della l. 11 § 8 D. h. t. ci ha svelato che per Ulpiano

[1]) *Ius deductionis e condemnatio cum deductione nell'actio de peculio*, estratto dagli « Studi in onore di C. Fadda ».

le due azioni possono cumularsi insieme, dobbiamo prendere in accurato esame la l. 47 § 3 D. 15. 1 [1]). Essa sarebbe interpolata, secondo ritengono Lusignani, Ferrini, Bonfante; ma potrebbe essere invece genuina, come l'Erman ha sostenuto con osservazioni assai acute, ed io cercherò di provare con nuovi argomenti.

Nella l. 47 § 3 cit. Paolo riferisce che « Proculus ait re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur »; al contrario Proculo vuole che il creditore intenti prima l'azione contro di uno, e poi, se non sarà stato soddisfatto per intero, possa agire per il rimanente contro l'altro La spiegazione più naturale è che Paolo e Proculo fossero d'opinione diversa da Gaio e da Giuliano, i quali nella l. 27 § 3 D. 15. 1 [2]) accordano ai creditori la scelta « vel in partes cum singulis (compratore e venditore) agere vel cum uno in solidum ». Invece quegli altri giureconsulti esigevano che prima si sperimentasse l'azione contro di uno, e solo in caso di necessità, mediante restitutio in integrum (« rescisso superiore iudicio »), fosse convenuto l'altro.

Contro questo modo di intendere la l. 47 § 3 si è pronunziato il Ferrini [3]), per varie ragioni desunte dal suo contenuto [4]).

[1]) Paulus, *l. 4 ad Plautium*: « Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, competere in reliquum in venditorem utile iudicium Proculus ait, sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur: satis enim esse hoc solum ei tribui, ut rescisso superiore iudicio in alterum detur ei actio, cum electo reo minus esset consecutus: et hoc iure utimur ».

[2]) Gaius, *l. 9 ad edictum provinciale*: « Illud quoque placuit, quod et Iulianus probat, omnimodo permittendum creditoribus vel in partes cum singulis agere vel cum uno in solidum ».

[3]) *Archivio giuridico*, 64, p. 89 sgg., *Zeitschr. d. Savigny Stiftung. f. Rechtsgesch.* 21, p. 197 sgg.

Per certi riguardi il Ferrini ha avuto un precursore nel Baron, op. cit. p. 80, il quale crede inverosimile una controversia su questo punto tra i giureconsulti romani. Peraltro il suo argomento, che la l. 27 § 3 di Gaio con le parole « illud quoque placuit » constati l'accordo dei giuristi classici, viene confutato dal Karlowa, op. cit. II, p. 1150, osservando che « placuit » e « inter omnes placuit » sono espressioni diverse, e che, se « placuit » dovesse escludere ogni divergenza di opinioni, non avrebbe senso l'aggiungere, come fa Gaio, « quod et Iulianus probat ». Ed è inaccettabile l'interpretazione proposta dal Baron della l. 47 § 3, perchè è impossibile credere che Proculo voglia vietare soltanto di agire *in solidum*

[4]) Vedi nota 4 a pag. 245.

Al Ferrini sembra affatto inverosimile, che, quando un'azione competeva contro diverse persone, i giuristi romani potessero vietare di dividerla e di esigere da ciascuna una parte del credito. Per il

« simul cum emtore et cum venditore », proprio mentre egli scrive che non deve permettersi all'attore il « *dividere actionem* ut simul cum emtore et cum venditore experiatur », e non è accennato in nessun modo nel testo che Proculo rifiutasse la restitutio all'attore, che volesse agire contro un secondo convenuto dopo aver contestato la lite contro il primo, avanti che fosse esaurito il primo processo: l'accordarla o no in queste circostanze dipende dall'apprezzamento del magistrato, e non si deve escludere a priori che in qualche caso non possa apparire ragionevole la rinuncia alla prosecuzione del giudizio in corso.

Concorda col Baron il Geib, *Kritische Vierteljahresschrift*, 43, (1902), p. 46, il quale afferma che la divisione dell'azione non è respinta nella l. 47 § 3. Proculo, secondo il Geib, direbbe, che per conseguire il resto, che non si è ottenuto dal primo convenuto, occorre una restitutio (actio utilis), ed in questo modo l'actio de peculio non può essere « re integra » divisa e intentata contemporaneamente contro i diversi obbligati! Se l'esegesi del Geib accenna a tener conto del « dividere actionem », che offre, come abbiamo visto, un argomento letterale fortissimo contro l'interpretazione del Baron, si deve deplorare d'altronde che la determinazione del pensiero attribuito alla l. 47 § 3 sia nel Geib molto meno chiara che non nel Baron. Tuttavia è fuori di dubbio che anche il Geib, come il Baron, intende la dottrina di Proculo nel senso che l'attore non abbia la facoltà di convenire compratore e venditore in solidum contemporaneamente: perchè altrimenti, scrive il Geib, lo stesso credito si farebbe valere più volte. Se non che a nessun giureconsulto romano può mai esser venuto in mente di tollerare che il creditore, reclamando da ciascuno dei possessori del peculio sino a concorrenza di questo il soddisfacimento del credito, ottenga più dell'ammontare del credito stesso; e, quando essi ammisero il creditore ad agire contro il compratore e il venditore dello schiavo, sapevano bene che quel risultato non si sarebbe mai avuto, perchè la consumazione delle azioni era ostacolo insormontabile a che fossero convenuti ambedue in solidum.

Per un verso dunque Proculo non aveva ragione di occuparsi d'una facoltà del creditore peculiare, che a nessuno poteva passare pel capo di concedergli, tanto era assurda; per un altro verso giova ripetere che il « dividere actionem », finchè le parole saranno adoperate con un po' di rispetto per il loro significato, non può indicare l'esercizio cumulativo di più azioni per l'intero, che si direbbe una moltiplicazione, e non una divisione dell'azione.

Insieme con gli autori sopra ricordati è da citare il Kübler, *Zeitschr. d. Savigny Stiftung f. Rechtsgesch.* 25 (1904), p. 439, il quale tenta di raggiungere l'accordo fra Proculo e Giuliano, eliminando l'opinione divergente di quest'ultimo. Dopo aver osservato giustamente che il caso, in cui l'attore abbia da fare col compratore e col venditore dello schiavo, si deve distinguere da quello in cui lo schiavo sia nel condominio di più persone, ed aver avvertito che nel secondo caso la divisione dell'azione è ammessa da Gaio (l. 27 § 8 D. 15. 1), Giuliano (l. 14 pr. - § 1 D. eod.) ed Ulpiano (l. 15 D. eod.; quest'ultima citazione non mi sembra esatta), soggiunge il Kübler, che non si può provare che Giuliano abbia consentito la divisione di fronte al compratore e al venditore. L'interpretazione, che il Kübler

compianto romanista la divisione dell'azione fra più obbligati è sempre possibile, e, se Proculo qui non l'ammette, la sua decisione dipende dal rapporto tra l'actio pura e l'actio annalis; egli deve aver creduto di trovare nelle formule relative qualche impedimento al loro simultaneo esercizio.

Avremmo potuto anche trascurare questa parte delle osservazioni del Ferrini, perchè esse non pregiudicano la questione sull'autenticità del testo, se non avessimo ritenuto opportuno di fermarci, sia pure brevissimamente, ad indagare per quali ragioni Proculo

dà alla l. 37 § 2 D. 15. 1, coglie nel segno: noi stessi abbiam visto sopra che qui Giuliano insegna unicamente che l'azione compete tanto contro il venditore quanto contro il compratore, ma non dice nulla che possa far credere che l'azione sia esperibile contro ambedue ad un tempo. Ugualmente non alludono alla divisione le ll. 27 § 2, 30 § 5 e 32 § 1 D. h. t. Ma è strano che il dotto professore di Berlino dimentichi affatto la l. 27 § 3, che depone apertamente contro la sua affermazione.

Giova precisare, a scanso d'equivoci, che la divisione, di cui si discute ora, ammessa da Giuliano, negata da Proculo, è la divisione volontaria dell'azione, a cui l'attore liberamente si appiglia, per evitare le conseguenze della consumazione, e potere agire simultaneamente contro il compratore e il venditore. Vi è poi una divisione, che per antitesi potrebbe chiamarsi necessaria, ed ha luogo nell'actio annalis, quando più eredi succedono al pater familias originariamente tenuto con essa. A questa divisione si riferisce la l. 14 § 1 D. 15. 1, che a torto è citata insieme col principio della stessa legge, il quale concerne un caso ben diverso; la divisione non sta più in facoltà dell'attore, ma ipso iure ogni convenuto risponde solo pro parte. Per modo che, ove l'attore non limitasse l'intentio ad una porzione del credito, otterrebbe bensì che si verificassero gli effetti della consumazione e perderebbe le azioni contro gli altri obbligati, ma non otterrebbe che il convenuto fosse condannato oltre la quota che grava su di lui. Dell'una e dell'altra divisione, e del modo come la divisione si attuava nel sistema delle formule, ragiona la nostra memoria *L'actio de peculio annalis contro gli eredi* (estratta dagli Studi Senesi in onore di L. Moriani).

[4]) Quanto alla forma, la critica del LUSIGNANI, op. cit. p. 25, n. 26 è certamente eccessiva (cfr. anche FERRINI, *Archivio giuridico*, 64, p. 88 sgg.). L'«hoc iure utimur» non è qui più inutile che non sia in tanti altri testi, per indicare che una certa opinione è seguita nella pratica; «minus esset consecutus» ha per soggetto sottinteso «actor», e il sottintenderlo non costa proprio nessuno sforzo; corretta è l'espressione «re integra non esse permittendum» (come avrebbe potuto un classico esprimer meglio il pensiero di Proculo, che non dovesse permettersi a cose integre etc.? - bizantini sono soltanto gli ablativi assoluti, di cui si servono i compilatori per enunciare la decisione, non già un ablativo come quello che si legge nel nostro testo!)

Per contro è probabile la sostituzione di «competere» a «dandum esse»; e si possono trovare un po' pesanti le frasi «satis esse hoc solum ei tribui» e «cum electo reo minus esset consecutus» [cfr. ERMAN, *D. (44. 2) 21* § *4, Études de droit classique et byzantin* nei «Mélanges Ch. Appleton», p. 253]. Ma con questi sparuti

combattesse la tesi, che più tardi doveva essere sostenuta da Giuliano [1]).

L'ipotesi, forse enunciata dal Ferrini un po' troppo vagamente, d'un ostacolo che sarebbe provenuto dalla formula, mi pare poco probabile. Di fronte ad esso avrebbe dovuto arrestarsi anche Giuliano, o escogitare un'acconcia modificazione della formula. Altrimenti bisognerebbe supporre che Proculo avesse visto una difficoltà dove non era; ma è verosimile che un equivoco di Proculo potesse divenire ius receptum? (« et hoc iure utimur »! [2]).

Plausibile è la congettura dell'Erman [3]), che Proculo volesse evitare dei processi inutili, perchè spesso basterà una sola frazione del peculio a coprire l'intero debito. Soltanto io dissento dall'Erman, quando egli sembra essere d'opinione che la regola di Proculo dovesse applicarsi a tutti i casi di concorso di più azioni de peculio [4]). Io

indizi, se si arriva a sospettare qualche ritocco alla forma del testo, non si potrà mai presumere di dimostrare un mutamento radicale nel contenuto.

[1]) Cfr. sulle facoltà e l'opera dei giuristi romani le belle osservazioni dell'ERMAN, *Études* cit. p. 256 sgg.

[2]) L'ERMAN, *Zeitschr. d. Savigny Stiftung f. Rechtsgesch.* 20, p. 246 (cfr. BREMER, *Iurispr. antehadr.* II, 2, p. 169) ritiene che le parole « et hoc iure utimur » siano state aggiunte da Triboniano, perchè al tempo di Paolo questa dottrina proculeiana, secondo la l. 32 pr. D. 15. 1, era ancora controversa.

Dalla l. 32 pr. risulta peraltro che Ulpiano ammetteva in genere la rescissione: sicchè la dichiarazione « et hoc iure utimur » potrebbe benissimo rispondere alla verità pei tempi di Paolo, ed essere del giureconsulto classico.

[3]) *Zeitschr. d. Savigny Stiftung f. Rechtsgesch.* 20, p. 245, *Études* cit. p. 253, n. 5. Cfr. anche BEKKER, *Process. Consumption*, p. 311 sgg., il quale fa giustamente osservare che, una volta ammessa la divisione, il creditore prudente agirà sempre contro tutti e due, compratore e venditore, anche quando potrebbe ottenere il pieno soddisfacimento da uno solo. Il FERRINI ha negato da principio (*Archivio giuridico*, 61, p. 89) che col sistema attribuito a Proculo si vengano a diminuire le liti, ma lo stesso autore deve essersi accorto della poca fondatezza di questa critica, perchè non l'ha ripetuta nell'articolo citato della *Zeitschrift der Sav. Stiftung*.

[4]) A questa stregua dovrebbe essere vietato di convenire pro parte ciascuno dei coeredi contro cui compete l'actio annalis, o ciascuno dei varii condomini che avessero concesso peculii separati allo schiavo.

Non è a parlare del caso che il peculio sia comune a tutti i condomini, perchè allora vige il principio che ciascun condomino possa essere condannato nell'intero peculio (cioè anche nelle quote degli altri), sicchè il creditore non ha bisogno di ricorrere alla divisione dell'azione. Rispetto agli usufruttuarii e ai possessori di buona fede, la possibilità della divisione dipende dal modo con cui è regolata la competenza dell'azione contro di loro. Se ciascuno non risponde in via principale

inclinerei invece a credere che la massima valesse unicamente nei riguardi del compratore e del venditore. E ciò, non perchè stimi di poter argomentare dalle ll. 14 pr. e 27 § 8 D. 15. 1, ma perchè mi fa impressione la circostanza che la questione della divisibilità dell'azione sia disputata solo a proposito del compratore e del venditore. Se la l. 14 pr. ammette la divisione dell'actio annalis contro più eredi [1]), il frammento appartiene a Giuliano; e così pure, se è vero che la l. 27 § 8 permette di agire in solidum contro qualunque dei condomini perchè « est iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit », e quindi implicitamente riconosce che si può agire contro ciascuno in partes, la legge è di Gaio, che nel § 3 accetta l'insegnamento giulianeo. Onde nessuna di due proverebbe nulla contro la più larga applicazione della norma proculeiana. Invece io mi domando se sia un puro caso, o piuttosto un indizio eloquente, che tanto nella l. 27 § 3 [2]) quanto nella l. 47 § 3, pur venendosi a conclusioni opposte, si parta sempre dalla stessa ipotesi, che convenuti siano il compratore e il venditore.

D'altra parte quest'ipotesi differisce da tutte le altre, per ciò che qui all'attore competono due azioni distinte, l'actio de peculio contro il compratore, e l'actio annalis contro il venditore. Quando lo schiavo è soggetto alla proprietà di più persone, o quando è manomesso da un testatore che lascia più eredi, il creditore ha l'actio de peculio o l'actio annalis contro più convenuti, di cui ciascuno risponde per la sua quota di peculio; ma è sempre la stessa azione, cogli stessi pre-

che dei contratti, la cui causa debendi lo riguarda direttamente (l. 19 § 1 D. 15. 1), non mi sembra che si possa pensare ad agire in partes contro tutti. Invece, nell'ipotesi di condomini con separata peculia, considerando che la capacità d'acquisto dei condomini è uguale e abbraccia di regola tutti gli atti d'acquisto del servo, la responsabilità del domino « ad quem res non respicit » non dovrebbe essere meramente sussidiaria (cfr. MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 392), e, poichè in questo caso ogni condomino è tenuto nel suo solo peculio, la divisione dell'azione si presenta come possibile ed utile.

[1]) Cfr. sull'interpretazione della l. 14 pr. il nostro studio *L'actio de peculio annalis contro gli eredi*, p. 35 sgg. (dell'estratto dagli Studi Senesi in onore di L. Moriani).

[2]) Veramente il MOMMSEN ad h. l. vorrebbe sostituire alla parola « creditoribus » le altre « creditori pluribus heredibus venditoris existentibus », e, se l'emendazione fosse accolta, la l. 27 § 3 si riferirebbe al concorso delle actiones annales contro gli eredi. Ma vedi contro la proposta del Mommsen lo studio citato nella nota precedente p. 36 sgg.

supposti, che si fa valere contro tutti. Diversamente accade, quando convenuti sono il compratore e il venditore: contro il primo, l'actio de peculio presuppone l'esistenza attuale di un peculio presso di lui, e contiene la condanna nella misura di questo peculio; contro il secondo, l'actio annalis presuppone che a lui sia rimasto il peculio (un altro peculio!) al momento della cessazione del dominio, ed esige la sua condanna nell'ammontare dei beni ex-peculiari. Qui non si tratta soltanto di ripartire la medesima azione fra più convenuti, come quando si chiedono le frazioni del debito a più correi debendi, o al debitore principale e al fideiussore. Qui bisognerebbe consentire qualche cosa di più, ciò che a Proculo potè sembrare eccessivo. Bisognerebbe autorizzare il creditore a fondarsi per una parte su di un rapporto, per l'altra su di un altro, a servirsi in parte d'un'azione, in parte d'un'altra. È già molto che si sia accordata l'azione contro il compratore «ex ante gesto», che il creditore abbia a sua disposizione due azioni. Finchè è possibile che una basti, non si deve ricorrere all'altra: ciò deve essere lecito solamente in caso di necessità, quando altrimenti il creditore non sarebbe soddisfatto per intero.

Queste considerazioni probabilmente deve aver fatte Proculo, il quale ammetteva la rescissione della consumazione, e quindi la facoltà di agire per il residuo contro l'altro debitore. Mentre Giuliano, che non accordava la restitutio in integrum per eliminare gli effetti della consumazione, era necessariamente ridotto a cercare di evitarli con la divisione dell'azione. Del resto anche chi avesse seguito la dottrina di Proculo sulla consumazione, avrebbe potuto allontanarsi da lui per ciò che tocca il nostro punto. Potrebbe infatti sostenersi che sia più semplice e più comodo per tutti, quando si sa preventivamente che nessuno dei due peculii basta da sè solo a soddisfare l'intero debito, che il creditore ripartisca l'obbligazione fra i due convenuti. In questo modo si risparmia almeno la rescissione, poichè i due giudizi sono inevitabili, data l'insufficienza di ciascun peculio.

Insomma la nostra è più che altro una questione di convenienza e di opportunità, la cui risoluzione trovò discordi i giureconsulti romani: ma è anche una questione, che, nei termini indicati, non può presentarsi, se non si ha che fare con un venditore ed un compratore [1]).

[1]) Per un tentativo di conciliazione, manifestamente errato, della l. 47 § 3 con

11. L'obbiezione più forte (neppure la scoperta del Lenel ha potuto scemarne l'efficacia), contro l'interpretazione della l. 47 § 3 che noi difendiamo, fu dal Ferrini enunciata nel primo de' suoi acuti articoli sulla consumazione [1]).

In seguito alla restitutio, egli dice, vien meno ogni forza della precedente sentenza; se il convenuto nel giudizio rescisso ha pagato qualche cosa, potrà sicuramente ripetere il pagato, ed è assolutamente impossibile quel risultato, che la l. 47 § 3 vuol far raggiungere all'attore, di tenere quello che ha avuto e chiedere il rimanente. No, la restitutio in integrum elimina il primo processo con tutte le sue conseguenze, e l'azione rescissoria serve a reclamare il debito intero dal nuovo convenuto che si reputa più solvibile.

Anche ora che la classicità della restituzione dell'actio de peculio non è più discutibile, le obbiezioni del Ferrini potrebbero far dubitare se la l. 47 § 3 sia genuina. Epperò è necessario esaminarne con molta cura il fondamento.

È insito nel concetto della restituzione che ambe le parti debbano essere reintegrate nello stato anteriore. Colui che chiede di essere restituito in intiero, « sicut in damno morari non debet, ita nec

la l. 27 § 3 citt. si può vedere lo sch. 193 di Stefano (ZACHARIAE, *Supplem.* p. 229) ad l. 47 § 3 verb. « hoc iure utimur »:

« Hoc sic intelligas, ut non possit simul et eodem tempore adversus venditorem et emtorem agere: separatim scindere actionem potest et, diverso scilicet tempore, adversus venditorem pro parte et pro parte rursus adversus emtorem agere. Sic intelligas, ne tibi contrarium videatur, quod Gaius dicit dig. 27 (§ 3) huius tit. ».

Al pari degli autori ricordati nella nota 3 di p. 243, Stefano non si è accorto che qui la sola conciliazione possibile è quella storica.

[1]) *Archivio giuridico*, 64, p. 91. Non intendo occuparmi particolarmente della restituzione, proposta dal Ferrini, della l. 47 § 3 cit., perchè gli argomenti, in questo e nel numero precedente addotti a sostegno della sua genuinità, sono, a mio avviso, la condanna anticipata di ogni tentativo simile. Nondimeno riassumerò le ottime osservazioni dell'ERMAN, *Études* cit. p. 251 sgg., nelle quali convengo pienamente.

La supposizione del Ferrini, che il compratore non sia stato costretto giudizialmente, ma abbia fatto volontariamente un pagamento parziale, è poco probabile: sia perchè l'interpretazione più spontanea è la prima, sia sopra tutto perchè Paolo e Plauzio non avrebbero citato Proculo per accertare il principio banale, che il creditore, che ha avuto un acconto dal compratore, conserva per il resto l'actio annalis contro il venditore. Con questo principio dovrebbe stare

in lucro »[1]), e perciò deve rendere all'avversario ogni utile che avesse ricavato dal fatto, che si vuole rimosso con la restituzione. Quindi, se il legittimo contraddittore alla domanda del creditore, che aspira alla rescissione della consumazione, fosse il compratore, col quale si è svolto il primo processo, le conseguenze sarebbero quelle segnalate dal Ferrini. Non gioverebbe neppure obbiettare con l'Erman, che il compratore non può avere la condictio indebiti, perchè ha pagato in esecuzione di un giudicato, e basta la semplice supposizione di questo perchè la condictio sia esclusa[2]). Il compratore non avrebbe infatti bisogno di ricorrere alla condictio, perchè sarebbe garantito in una maniera più energica, se la restitutio in integrum dovesse compiersi contro di lui. Il pretore non rilascerebbe l'actio rescissoria, finchè il creditore non avesse restituito, o non avesse per lo meno promesso di restituire, ciò che ha conseguito in forza della lite precedente.

Il nodo della questione sta dunque nel vedere le persone contro cui è diretta la restitutio in integrum. Il pretore rescinde la consumazione, perchè il creditore possa agire contro il venditore, o vuole anche che cada interamente il giudizio espletato col compratore? Nella prima ipotesi l'avversario, la cui presenza o contumacia è richiesta perchè il pretore proceda alla cognitio e poi emani il decreto di restituzione[3]), è solamente il venditore, al quale l'attore non ha

in opposizione l'altro « sed re integra rel. », e si dovrebbe venire alla conseguenza che dopo il pagamento è lecito dividere l'azione; ma dopo il pagamento non si divide nulla, perchè l'azione dura soltanto per il residuo, e per tutto questo residuo essa è esercitata contro il venditore. Di più l'interpolazione non avrebbe avuto alcuno scopo, perchè una proposizione relativa all'actio annalis poteva essere accolta tal quale nelle Pandette (salvo la sostituzione di « iudicium » a « formula », « competere » a « dandam esse »). Secondo il Ferrini, i compilatori avrebbero voluto illustrare l'« utile iudicium » interpolato in altri testi, ma proseguendo innanzi vedremo che non esistono neppure quest'altre interpolazioni.

[1]) L. 1 pr. C. 2. 48 (47).

[2]) Forse che la l. 11 D. 12. 6 nega la condictio indebiti a chi « per imprudentiam plus quam in peculio est solverit », perchè il solvente pagava in esecuzione d'una sentenza di condanna (« is, cum quo de peculio actum est »)? (cfr. ERMAN. *Études* cit. p. 229. n. 1). Si tratta di una legge, la cui interpretazione è difficilissima (cfr. MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 286, n. 9; BEKKER, *Aktionen*, II. p. 345 e gli autori ivi citati), e contro la congettura, che qui di volo abbiamo accennata, si potrebbero muovere serie obbiezioni.

[3]) Cfr. l. 29 § 2 D. 4. 4.

nulla da restituire; nella seconda ipotesi ha interesse ad opporsi alla restitutio anche il compratore, al quale, accordata che sia la restituzione in intiero, dovrà rendersi ciò che avesse prestato per effetto del precedente giudizio [1]).

Ora mi pare che indubbiamente si debba escludere una rescissione piena ed intera del primo processo. Le osservazioni dell'Erman [2]) in proposito sono giustissime. Il pretore non vuole qui con la rescissione sostituire un nuovo convenuto al primo, ma vuole permettere al creditore di agire *anche* contro il secondo, perchè da *tutti e due* egli possa ottenere quella soddisfazione cui ha diritto. Introducendo nella formula della seconda azione la fictio che il primo giudizio non abbia avuto luogo, il pretore non ha lo scopo di distruggere quel primo giudizio in tutte le sue conseguenze, ma solamente di eliminarne una, quella della consumazione, acciocchè l'actio annalis divenga proponibile contro il venditore. Chi giudicasse altrimenti, si metterebbe in contraddizione col ragionamento di Proculo e col risultato che il giureconsulto voleva raggiungere. Egli combatteva la teoria giulianea della divisione delle azioni, perchè credeva che in altro modo si potesse più opportunamente arrivare allo stesso risultato. Ma se il creditore dovesse restituire ciò che ha conseguito col primo giudizio, la teoria di Proculo avrebbe menato a conseguenze diversissime. Il creditore avrebbe soltanto la scelta tra l'actio de peculio contro il compratore e l'actio annalis contro il venditore; fatta una volta la scelta, e accortosi di avere errato, egli potrebbe chiedere la rescissione del primo giudizio e rivolgersi contro l'altro convenuto, ma dovrebbe sempre contare sopra un solo peculio, mentre Giuliano gli permetteva di cercare il pagamento su tutti e due.

Nessuna difficoltà può poi presentare, dal punto di vista del processo classico, l'« utile iudicium in reliquum » contro il venditore. Giova notarlo, perchè proprio queste frasi delle fonti che consentono

[1]) A queste conclusioni porta la logica piu semplice: ma si rischia di passare per ingenui a dire che, se il giudizio col compratore deve essere annullato, il compratore ha interesse di opporsi alla restitutio in integrum. Indubbiamente egli è il legittimo contraddittore alla domanda di restituzione: eppure nessuno sarà più di lui contento di riprendere anche quel poco che ha pagato! Stranissima situazione, a cui mette capo un falso concetto dei rapporti giuridici, alla sua volta ispirato dall'ossessione dei tribonianismi!

[2]) *Études* cit. p. 255 sgg.

l'azione per la differenza, per il residuo, son quelle che hanno scandalizzato i nostri romanisti, i quali hanno creduto di ascoltare in esse come un' eco del precetto giustinianeo, che nel concorso un' azione debba estinguere l' altra fino alla reale misura del concorso e rimanere in vita per il di più. Ma è un' illusione dell' orecchio. Tutto dipende dall'ammettere la restitutio in integrum contro la consumazione processuale; perchè, una volta restituita al creditore l' azione contro il venditore, senza che oltre la rescissione occorra nessun' altra modificazione nella formula, il giudice, cui l' intentio affida la missione di ricercare quanto dovrebbe lo schiavo, se fosse una persona libera, in base al negozio da lui concluso, deve ridurre l'ammontare del debito di una somma pari a quella già pagata dal compratore. È infatti principio certissimo di diritto che il pagamento, anche se compiuto da un terzo, estingue l'obbligazione, quando il terzo paga con l' intenzione di liberare il debitore [1]).

Ha dunque ragione l' Erman di affermare che tanto il contenuto quanto la forma della l. 47 § 3 possono essere benissimo classici [2]). Unico punto discutibile, per questa come per le altre leggi, poteva

[1]) Arg. l. 1 § 24 D. 14. 1:

ULPIANUS, *l. 28 ad edictum:* « Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest. Sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso iure minuitur obligatio: sed et si ab exercitore, sive suo nomine, [id est propter honorariam obligationem Trib.? cfr. PEROZZI, *Obbligazioni romane*, p. 140], sive magistri nomine solverit, minuetur obligatio, quoniam et alius pro me solvendo me liberat ».

In entrambi i casi la diminuzione dell' obbligazione ha luogo « ipso iure », benchè quest'espressione non sia ripetuta dinanzi a « minuetur obligatio » (ed erra DIETZEL, *Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts*, II, p. 434 sgg. ritenendo il contrario). Nell' ipotesi di cui ci occupiamo il compratore paga per liberare sè stesso, e implicitamente lo schiavo; « solvit in plures causas », come direbbe la l. 38 § 2 D. 46. 3.

Per non aver badato a ciò che io dico nel testo, il KNIEP, *Die Mora des Schuldners*, I, p. 244, è uscito nell' affermazione che la formula restituita debba portare un' aggiunta restrittiva; altrimenti il convenuto non potrebbe detrarre ciò che già è stato pagato, perchè, secondo l' avviso manifestamente erroneo del Kniep, si tratterebbe di un' obbligazione nuovamente nata, che non ha potuto esser presa in considerazione nel pagamento anteriore.

[2]) L' ERMAN, *Zeitschrift d. Savigny Stiftung f. Rechtsgesch.* 20, p. 246, dice anche egregiamente: « Zu einer so raffinirten dogmengeschichtlichen Fälschung waren die Byzantiner weder aufgelegt, noch fähig! ».

tutt' al più essere la classicità della restitutio in integrum. Che questo punto non sia stato studiato con piena conoscenza del materiale che le fonti offrivano anche prima della scoperta del Lenel, io ho già rilevato altrê volte; ora poi il ricuperato frammento delle Disputationes ha fatto sparire ogni dubbio.

12. Dalla possibilità di un secondo giudizio, quando il creditore non è stato soddisfatto interamente col primo, nasce una questione sottile: e ciò non soltanto nel caso che siano convenuti successivamente il venditore e il compratore, ma anche nel caso, supposto dalla l. 32 pr. D. 15. 1 [1]), che il creditore si rivolga successivamente contro due usufruttuarii o possessori di buona fede dello schiavo.

« Rescisso superiore iudicio in alterum datur actio », ma in questo secondo giudizio si terrà conto degli aumenti e diminuzioni, che il peculio abbia subìto nell' intervallo, ovvero, per valutare lo stato del peculio, ci si dovrà riportare al tempo del primo giudizio? La questione sorge, perchè il secondo giudizio formalmente è un ripristinamento del primo.

Si finge che la lite contro il primo usufruttuario non sia avvenuta, e la si rinnova contro il secondo. Qualcuno può aver pensato che il giudice del secondo processo, invitato a condannare come se l'azione fosse promossa per la prima volta, dovesse appunto indagare a quanto sarebbe ascesa la condanna, se l'attuale convenuto fosse stato effettivamente il primo, cioè se il processo contro di lui si fosse svolto nel tempo, in cui ebbe luogo il processo, che fu veramente il primo.

A questo dubbio, che non è nient' affatto assurdo [2]), risponde la l. 32 § 1 D. 15. 1 [3]):

ULPIANUS *l. 2 disputationum*: « In hoc autem iudicio licet restauretur praecedens, tamen et augmenti et decessionis ratio-

[1]) ULPIANUS, *l. 2 disputationum:* « ... Si plures sint fructuarii vel bonae fidei possessores, unus conventus ceteros liberat, quamvis non maioris peculii, quam penes se est, condemnari debeat. Sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio quam intentio liberet ».

[2]) Questo è tutto ciò che io posso concedere. Invece a me sembra che manchi

[3]) Vedi nota 3ª a pag. 254.

nem haberi oportet, et ideo sive hodie nihil sit in peculio sive accesserit aliquid, praesens status peculii spectandus est. Quare [1]) circa venditorem quoque et emptorem hoc nobis videtur verius, quod accessit peculio posse nos ab emptore consequi, nec retrorsus velut in uno iudicio ad id tempus conventionem reducere emptoris, quo venditor conventus sit».

È da valutare il peculio nello stato in cui si trova al momento della seconda condanna: lo stesso principio si osserva anche nel caso

ogni ragione per credere, come fa l'ERMAN, *Zeitschr. der Savigny Stiftung f. Rechtsgesch.* 20, p. 246, che Proculo abbia adottato il computo opposto a quello che si asserisce accolto per opera di Triboniano nella l. 32 § 1 D. 15. 1 (il FERRINI, *Archivio giur.* 64, p. 85, n. 1; *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 21, p. 195, n. 1, ammette invece che la prima parte del § 1 possa essere genuina, sebbene non si riesca a determinarne la connessione col pr. e col resto del frammento).

A torto si afferma che l'opinione, per cui nel secondo processo non si deve guardare alla consistenza che aveva il peculio al tempo del primo processo, contraddica alla teoria di Paolo, che il capocasa non è tenuto «de futuro incremento peculii» (l. 47 § 2 D. 15. 1). Il pater familias non era obbligato a dar cauzione per gli aumenti che il peculio potesse ricevere dopo la sua condanna; ma nel caso di cui ci occupiamo il compratore non è stato ancora condannato, e la regola, anche per Paolo, è che si valuti il peculio nello stato in cui si trova al momento della sentenza.

Se qui si debba ammettere un'eccezione, dipenderà dalla portata che si crede di dover attribuire al fatto della restaurazione d'un vecchio giudizio con un convenuto nuovo; e Paolo avrebbe potuto respingere la tesi combattuta dalla l. 32 § 1, senza che alcuno potesse tacciarlo di inconseguenza. Altrettanto è da dire di Proculo: non perchè egli ammette la rescissione nella l. 47 § 3, si può inferirne che al suo modo di vedere corrisponda soltanto il concetto di riferirsi al momento del primo processo, per la stima del peculio nel nuovo giudizio. Questa illazione diverrebbe necessaria, quando noi sapessimo che alla rescissione egli attribuiva l'influenza esorbitante ed ingiusta, da cui deriva il sistema di computo condannato dalla l. 32 § 1. Ma nulla di ciò noi sappiamo.

[3]) Cfr. su di essa KELLER, *Commentatio*, p. 66.

[1]) Sembrava all'ERMAN, *Zeitschrift der Savigny Stiftung f. Rechtsgesch.* 20, p. 243, che questo salto con «quare», dal caso dei «plures fructuarii vel bonae fidei possessores» al caso mai prima menzionato del compratore e del venditore, accennasse anche per il suo contenuto ad una legge riformatrice giustinianea. Nel testo difendo la classicità del contenuto: qui in nota soggiungo che male si parla, a mio avviso, di salto inaspettato. Dopo che Ulpiano ha, per il caso degli usufruttuarii e dei possessori di buona fede, insegnato che nel nuovo giudizio si tien conto degli aumenti e delle diminuzioni, è del tutto naturale, mi sembra, che egli dica doversi applicare lo stesso principio anche al caso del venditore e del compratore. E veggasi del resto, per ciò che i compilatori possono aver detratto al legame fra la prima e la seconda parte del paragrafo, le considerazioni che io espongo più avanti.

che siasi prima convenuto il venditore, e poi si rinnovi il giudizio col compratore [1]).

C' è però nell' ultima parte del § 1, scrive il Ferrini [2]), un grosso errore, che costituisce la prova più sicura dell' interpolazione: mai nella condanna sull'actio de peculio si guarda al tempo in cui il debitore « conventus est » [3]).

Ed è vero; potrei quindi concedere che si sarebbe dovuto dire: « nec retrorsus velut in uno iudicio ad id tempus *condemnationem* reducere emptoris quo venditor *condemnatus* sit ». Ma se anche ciò fosse, quale conseguenza se ne potrebbe poi derivare?

Che il passo sia stato rimaneggiato dai compilatori, è quasi certo. A loro è dovuta nel pr. la soppressione del « Iulianus ait » (o di altra simile locuzione), che, trasformando la citazione in opinione propria del citante, di tanto mal fu madre per i nostri critici; a loro si deve anche attribuire l' eliminazione delle varie teorie, che Ulpiano probabilmente ricordava intorno alla questione esaminata nel § 1, giacchè l' « hoc nobis videtur verius » [4]) è il linguaggio del legislatore bizantino, che, scegliendo tra le opinioni in contrasto, ne accoglie una, e cancella le altre di cui è inutile conservare la menzione. Ritocchi più o meno larghi di forma il passo li ha dunque subiti, e ne porta evidenti le tracce; ma la sostanza, scampata alle forbici dei compilatori, è classica.

Anche il « convenire », invece del « condemnare », si potrebbe

[1]) Non senza ragione è qui fatta l' ipotesi inversa che nella l. 47 § 3; perchè il peculio del compratore può subire aumenti e diminuzioni per molteplici cause, mentre rispetto ai beni ex-peculiari, che sono rimasti al venditore, si considerano solo quegli aumenti e diminuzioni che avvengono naturalmente (cfr. il mio studio *L'actio de peculio annalis contro gli eredi*, p. 8, n. 17; l'esemplificazione dell' ERMAN, *Études* cit. p. 249, n. 2, è difettosa, perchè appunto non bada che nell'actio annalis non si tien conto degli aumenti e delle diminuzioni che presuppongono l'opera dello schiavo).

[2]) *Archivio*, 64, p. 85; *Zeitschrift d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 21, p. 195, n. 2.

[3]) La questione, ricordata nella l. 30 pr. D. 15. 1, (cfr. anche l. 50 pr. D. eod., l. 7 § 15 D. 42. 4), concerne le condizioni, che devono essersi verificate al momento della litis contestatio, perchè si possa far luogo alla condanna; ma anche i Sabiniani, pur esigendo che il peculio dovesse esistere al momento della contestatio, non hanno mai pensato che il giudice, per determinare il limite della condanna, avesse da stimare l'ammontare del peculio in un tempo diverso da quello nel quale pronuncia la sua sentenza.

[4]) L'impronta giustinianea di questa frase era già stata segnalata col solito acume dal PAMPALONI, *Archivio giuridico*, 55, p. 517.

perciò mettere a carico della fretta e della sbadataggine di Triboniano. Ma io non ho troppa voglia di farlo, perchè nella questione, di cui si occupa il testo, il momento del precedente giudizio, che poteva esser preso in considerazione, non era quello della condanna, bensì l'altro della contestatio litis.

Rappresentiamoci esattamente l'origine e la portata del dubbio risoluto da Ulpiano. Poichè il nuovo giudizio è reso possibile da una restitutio in integrum, le cose devono essere rimesse nel pristino stato, e perciò nel secondo giudizio, assumevano gli avversarii di Ulpiano, deve procedersi come se fosse il primo; il compratore deve essere condannato a tanto, a quanto sarebbe stato condannato, se si fosse agito contro di lui nel tempo in cui fu promosso il giudizio contro il venditore. Dovrà dunque essere condannato nell'ammontare del peculio, quale era al momento in cui fu pronunciata la condanna contro il venditore?

Ma questo momento è puramente casuale, è ben lungi dal costituire un punto fisso nel processo; la lite avrebbe potuto essere contestata col compratore nello stesso istante in cui lo fu col venditore, e tuttavia la condanna dell'uno seguire in un momento diverso da quella dell'altro. Di guisa che non c'è nessuna ragione logica che possa consigliare di prendere il momento della condanna del venditore come punto di partenza per la condanna del compratore.

Si può, e secondo noi si deve, respingere la teoria combattuta da Ulpiano; ma chi l'accetta, deve necessariamente fondarsi sul momento della contestazione della lite. La teoria è così collegata: la restitutio rescinde gli effetti della contestatio litis, essa rimette le parti nello stato in cui si trovavano al momento in cui fu contestata la lite contro il venditore, il processo contro il compratore deve avere ora gli effetti che avrebbe avuto allora. Allora il compratore sarebbe stato condannato nella misura del peculio esistente in quel tempo; a questa misura deve essere ridotta la condanna attuale.

Si sa bene che tra la contestatio litis e la condanna, anche per il compratore, sarebbe passato un certo tempo; ma non si può prendere come termine per la valutazione del peculio la data eventuale della condanna del compratore, perchè questa è indeterminabile, e non si può prendere la data della condanna del venditore, perchè sarebbe rispetto al compratore meramente arbitraria.

La restitutio in integrum elimina la prima contestatio litis, e vi sostituisce la seconda: ecco un punto sicuro, che può servire d'appoggio. Ma la teoria confutata da Ulpiano non poteva scegliere un altro momento, come sarebbe la condemnatio del venditore, dipendente da chi sa quali circostanze, senza parere capricciosa.

A me sembra quindi che il « retrorsus velut in uno iudicio ad id tempus conventionem reducere emptoris, quo venditor conventus sit » formuli molto precisamente il pensiero della dottrina respinta da Ulpiano [1]). Essa voleva riportare la lite contro il compratore, come se fosse la stessa ed unica lite, al tempo in cui si agitò la lite contro il venditore; e per istabilire l'unità del giudizio e l'identità degli effetti non c'è che un momento veramente decisivo, quello della contestatio Se la teoria avesse trionfato, doveva per necessità logica, dal terreno su cui si era messa e con la tendenza che l'ispirava, venire alla conclusione, che il compratore dovesse essere condannato nella misura del peculio da lui posseduto al momento in cui ebbe luogo la contestatio litis col venditore, ora *ripristinata* col compratore. In questo caso, eccezionalmente, per la stima del peculio il giudice si sarebbe dovuto riferire ad un altro momento, anzichè a quello della condanna.

Se di tale risultato si vuol fare un argomento contro la tesi respinta nella l. 32 § 1, io non ho nulla da obbiettare; ma debbo risolutamente oppormi a che si converta in una prova di pretese interpolazioni, quella, che è soltanto la conseguenza logica e fatale della dottrina rigettata da Ulpiano.

[1]) Nondimeno il Geib, *Kritische Vierteljahresschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft*, 43, p. 45, mentre dichiara di non consentire nell'opinione che la l. 32 sia interpolata da « sed licet hoc iure contingat » sino alla fine del § 1, e nega che i compilatori abbiano potuto inserire un tal brano compreso dello spirito del processo formulare e redatto nei termini della giurisprudenza classica, eccettua il periodo finale, che anch'egli ritiene sicuramente interpolato (« abgesehen von dem sicher interpolirten Schlusssatz »). Il giudizio ha tanto maggior valore, in quanto chi lo dà seppe lodevolmente resistere alla corrente favorevole all'interpolazione, nel tempo in cui tutti l'ammettevano. Ciò malgrado, io penso che le considerazioni sviluppate nel testo debbano per lo meno ridurre assai la certezza vantata dal Geib. E ad ogni modo voglio osservare che, anche tagliando via il brano finale da « nec retrorsus », o magari, se si preferisce, da « quare circa venditorem », resta la prima parte del § 1; quanto basta per porre in sodo la teoria respinta da Ulpiano, il suo contenuto e il suo fondamento, interessanti per la storia della restitutio in integrum.

13. Ponete ora che il creditore nel giudizio contro il venditore sia stato respinto: lo si dovrà ammettere ad agire contro il compratore?

Si potrebbe rispondere: poichè alla consumazione dell'azione c'è un rimedio, l'esito del processo è indifferente. O che il creditore ottenga un pagamento parziale, o che non riesca a cavar nulla dal venditore insolvibile, o che addirittura perda la lite, la rescissione dovrebbe essergli accordata in ogni caso.

Il quesito è risoluto da Ulpiano nella l. 30 § 5 D. 15. 1 [1]) in diverso modo, secondo che la soccombenza dell'attore sia causata dall'annua exceptio o da un'altra eccezione. Se il venditore fu assolto, perchè era trascorso un anno dal dì della vendita, il creditore avrà restituita l'azione contro il compratore; ma se egli fu respinto, perchè il giudice riconobbe fondata un'altra eccezione, potrà ripetere dal compratore ciò che rimane « deducta ea quantitate quam a venditore consequi potuisset ».

Concede il Lusignani [2]) che la prima parte del nostro frammento si possa spiegare senza sforzo soverchio, supponendo che si tratti di un caso di restitutio propter errorem. E di una restitutio si tratta certamente, ed è pure probabile che per errore l'attore abbia convenuto il venditore dopo l'anno; ma la spiegazione del Lusignani non risponde al problema, che si pone per questa legge, come per la l. 47 § 3 e per molte altre sulla consunzione dell'actio de peculio, da quale fonte cioè derivi la restitutio in integrum qui ammessa, una volta che l'editto non contempla l'errore come causa generale di restituzione. Se la nostra ignoranza del fondamento edittale di questa restituzione era una ragione negli altri passi per sospettare l'interpolazione, avrebbe dovuto esserlo anche nella prima parte della l. 30 § 5.

Più interessante è la seconda parte. Il Lusignani [3]) l'attribuisce ai compilatori, i quali avrebbero interpolato il testo per metterlo in

[1]) Ulpianus, *l. 29 ad edictum:* « Si annua exceptione sit repulsus a venditore creditor, subveniri ei adversus emptorem debet; sed si alia exceptione, hactenus subveniri, ut deducta ea quantitate, quam a venditore consequi potuisset, ab emptore residuum consequatur ».

[2]) Op. cit. p. 20.

[3]) Cfr. anche Bonfante, *Istituzioni*, p. 126, n. 1. Più moderati, il Ferrini, *Archivio giur.* 64, p. 86 e l'Erman, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 20, p. 247, non sopprimono tutta la seconda parte del frammento, ma al testo genuino riven-

armonia con mutati principii di diritto. È da supporre che si voglia alludere alla solita norma di diritto giustinianeo sul concorso delle azioni; peraltro questa potrà spiegare perchè il creditore sia autorizzato a chiedere soltanto il residuo, ma non può giustificare neppure per diritto giustinianeo la distinzione fra l'una o l'altra exceptio, con cui la prima azione sia stata rigettata.

Ci convien dunque battere altra via. Il Lusignani si è anche chiesto, quale mai potrà essere nella nostra materia l'« alia exceptio », che respinga l'attore solo in parte, e lasci poi impregiudicato ogni ulteriore giudizio contro il compratore; e non ha avuto torto a scrivere che nessuno saprebbe indicarla. Infatti il testo non accenna menomamente che l'« alia exceptio » debba stare in una particolare relazione con l'actio de peculio, al pari dell'exceptio annalis; suppone che l'attore sia stato respinto per intero, poichè lo obbliga a dedurre ciò che avrebbe potuto conseguire dal venditore se non fosse rimasto soccombente (in altri termini, l'ammontare del peculio del venditore); ed esclude che dal primo giudizio non sia pregiudicata l'azione contro il compratore, perchè la proponibilità di essa è fatta dipendere da un *subveniri*, cioè da una restitutio in integrum!

Se vogliamo che la distinzione ulpianea apparisca ragionevole, dobbiamo pensare ad un'« alia exceptio », che affetti il rapporto tra creditore e venditore, lasciando intatta l'efficacia del negozio concluso dal servo. Allorchè la reiezione dell'attore è provocata dalla sua condotta verso il venditore, sarebbe iniquo che il compratore dovesse ciò non ostante essere tenuto per l'intero credito.

Ecco un caso: il creditore ha concluso col venditore un pactum de non petendo, in forza del quale l'actio annalis sarà respinta con l'exceptio pacti [1]). Si deve permettere al creditore soccombente di rivolgersi per l'intero credito contro il compratore? Non si venga a

dicano anche le parole « sed si alia exceptione non subveniri » (« subveniri non debet » Erman). Il Ferrini segnala anche l'improprietà di sintassi, che io non vedo, « hactenus... ut ». I lessici mostrano infatti che « hactenus » ha dopo di sè non solo la particella « quatenus », ma anche « ut », « quoad », « quod », « ne », « si », ecc. Cfr. CICERO, *de orat.* II, 27: « Haec artem et praecepta dumtaxat hactenus requirunt, ut certis dicendi luminibus ornentur ».

[1]) Ho scelto ad esempio l'exceptio pacti, ma non è a credere che le considerazioni esposte nel testo non valgano allo stesso modo per tutte le altre eccezioni attinenti al lato subiettivo del rapporto verso il venditore. Se la lite contro costui è perduta per un'exceptio cognitoria o procuratoria apposta all'azione, o per

dire che fin da principio il creditore avrebbe potuto scegliere di agire contro il compratore, il quale sarebbe stato allora costretto a pagare l'intero debito sino a concorrenza del peculio, perchè dopo un primo giudizio la situazione non è più la stessa. L'azione è consumata, e dal pretore si invoca la restitutio. Ora niente di più naturale che in una materia, in cui l'equità regna sovrana, il pretore rifletta che l'ammissione dell'azione contro il compratore, per debiti sorti anteriormente all'acquisto del dominio sullo schiavo, è un favore concesso al creditore, che egli non deve sfruttare a danno del compratore; che non è equo far ricadere su di questo le conseguenze della condotta del creditore, che ha determinato il rigetto dell'azione contro il venditore. E non c'è da sorprendersi che per questi motivi il pretore s'inducesse a negare la restituzione.

Piuttosto si potrebbe pensare che avrebbe dovuto negarla anche nell'ipotesi che l'azione contro il venditore fallisse per essere già decorso il termine; perchè anche in questo caso si potrebbe rimproverare al creditore di non avere agito a tempo. Ma in linea d'equità - ed è solo da questo aspetto che si può apprezzare la distinzione enunciata nella l. 30 § 5 - non mancano ragioni che spiegano il trattamento fatto a quest'eccezione in confronto di tutte le altre. Possono essere tante le circostanze che impediscano al creditore di agire entro l'anno contro il venditore [1]), ed è in questi casi che si sente mag-

l'exceptio litis dividuae o rei residuae, o per l'exceptio iurisiurandi ecc., in ogni caso è equo che l'attore, cui viene restituita l'azione contro il compratore, soffra la deduzione di ciò che avrebbe potuto conseguire dal venditore.

Certo è possibile che l'assoluzione del venditore sia causata da un'eccezione che si riferisca al lato obbiettivo dell'obbligazione, che renda cioè inefficace l'obbligazione stessa del servo (es. l'exceptio metus, l'exceptio doli, se il servo fu indotto ad obbligarsi con la violenza o col dolo; l'exceptio pacti o doli per un patto concluso dal servo, cfr. l. 21 § 1 D. 2. 14). Ed in tal caso sarebbe inutile restituire l'azione contro il compratore, perchè questi opporrebbe vittoriosamente la medesima eccezione. È naturale pertanto che in cosiffatta ipotesi la restituzione non dovesse essere accordata, e si comprende anche perchè Ulpiano non distinguesse, tra le aliae exceptiones, quelle che colpiscono il lato obbiettivo del rapporto obbligatorio da quelle che toccano soltanto il lato subiettivo di fronte al venditore. Infatti, nella prima categoria di eccezioni, o la restituzione verrebbe negata dal pretore, o il compratore convenuto si difenderebbe con la stessa eccezione addotta dal venditore. La deductio, di cui tratta Ulpiano, non poteva quindi aver luogo se non per la seconda classe di eccezioni.

[1]) Perchè non ci si accusi di dimenticare che nell'actio annalis l'anno è utile, avvertiamo che l'opinione da noi seguita è quella giusta la quale l'« annus quo

giormente la necessità dell'azione contro il compratore. Sarebbe strano che il pretore, che l'ha concessa in vista di questi bisogni, che ha permesso l'azione contro il compratore perchè il creditore fosse garantito anche oltre l'anno, come quegli che, contrattando con lo schiavo, ha avuto riguardo non solamente al peculio attuale ma anche al futuro, negasse poi la restituzione, quando l'azione contro il venditore è rigettata in base all'annua exceptio.

In questo modo si giustifica il principio di diritto materiale che risulta dal passo di Ulpiano: il creditore deve ridurre la sua pretesa contro il compratore a ciò che rimane, dopo dedotto il valore del peculio presso il venditore, nella misura del quale sarebbe stato soddisfatto, se non avesse perduto la lite per un'exceptio a cui ha dato causa egli stesso. Ma non sarebbe ancora vinto un forte ostacolo processuale, di fronte al quale dovremmo esitare, se noi non avessimo già mostrato [1]), col sussidio di testi insospettabili ed insospettati, che anche in altri casi si operava una deductio analoga, e non fossimo ora autorizzati a concludere che il mezzo processuale - qualunque esso fosse - adottato in quegli altri casi, doveva servire ugualmente nell'ipotesi della l. 30 § 5.

14. Non voglio abbandonare questo tema della responsabilità del compratore e venditore, se prima non ho detto poche parole sulla l. 43 D. 15. 1:

> Paulus, *l. 30 ad edictum*: « Si posteaquam tecum de peculio egi, ante rem iudicatam servum vendideris, Labeo ait etiam eius peculii nomine, quod apud emptorem quaesierit damnari te debere nec succurrendum tibi [2]): culpa enim tua id accidisse, qui servum vendidisses ».

Il principio sancito da questa legge è chiaro, nè suscita alcuna difficoltà per la teoria della consumazione; ma esso non è meno im-

experiundi potestas fuerit » è utile soltanto *ratione initii*, non *ratione cursus*. Cfr. Girard, *Manuel de droit romain* (3ª ediz.), p. 722.

[1]) Cfr. sopra num. 9, ed il mio scritto *Ius deductionis e condemnatio cum deductione nell'actio de peculio* (estratto dagli Studi in onore di C. Fadda).

[2]) Cfr. Steph. ad l. 43 verb.: *succurrendum* (sch. 176, Zachariae, *Supplem.* p. 227) « Hoc est ad hoc, ut ab emtore petere possit, quod ob peculium apud eum postea acquisitum praestitit ».

portante degli altri che studiammo, sia perchè giunge al risultato di far rispondere il venditore anche del peculio che si trova presso il compratore, sia perchè può in qualche modo confermare le nostre osservazioni a proposito della l. 47 § 3 D. h. t.

La soluzione labeoniana non si può certo tacciare d'iniquità, perchè giustamente avverte Labeone che il venditore avrebbe potuto evitare la condanna anche nel peculio posseduto dal compratore, se non avesse venduto il servo dopo contestata la lite. Ma non sarebbe stata nè illogica nè iniqua neppure la soluzione opposta.

Non ostante la vendita dello schiavo dura la lite contestata col venditore, il quale sarà condannato nell'ammontare dell'ex-peculio [1]). Poi il creditore potrà rivolgersi contro il compratore e far valere le sue ragioni anche sul peculio di costui, perchè l'azione gli sarà restituita, secondo l'avviso di Proculo accettato anche da Paolo nella l. 47 § 3. Cosicchè l'attore non è danneggiato, e non è d'altra parte aggravato il venditore, il quale, alienando lo schiavo, ha pure usato d'un suo diritto. S'intende che egli non possa con questo mezzo sottrarsi alla sua responsabilità, come non si libera dall'actio noxalis il domino che venda lo schiavo « post litem contestatam » [2]); ma l'obbligazione del venditore dovrebbe limitarsi al suo peculio, e non abbracciare anche il peculio che il compratore può aver concesso al servo. È anche vero che « summa cum ratione etiam hoc peculio praetor imputavit, quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset » [3]); ma non è questo il caso nostro, poichè il domino nè « peculium ademit », nè « intricare peculium in necem creditorum passus est », nè « cum suspicaretur alium secum acturum, alio peculium avertit » [4]), ed infatti Labeone parla solo di « culpa » del venditore [5]).

[1]) Si applicherebbe nè più nè meno che il principio enunciato da Trifonino (l. 8 disputationum) per l'ipotesi che sopravvenga la morte del figlio o del servo: « Si filius vel servus, cuius nomine dumtaxat de peculio actum est, ante finitum iudicium decesserit, id peculium respicietur, quod aliquis eorum cum moriebatur habuit » (l. 57 pr. D. 15. 1).

[2]) Cfr. l. 37 e 38 pr. D. 9. 4.

[3]) L. 21 pr. D. 15. 1. Ed aggiunge il § 2: « sive autem *post iudicium acceptum* sive ante dolo factum sit, continetur officio iudicis ».

[4]) Cfr. per l'interpretazione della l. 21 cit. MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 402.

[5]) Di diverso avviso è il PERNICE, *Labeo*, I, p. 382, per cui il pensiero infor-

Nè l'equo riguardo per l'interesse dell'attore, nè alcun principio di diritto s' oppone pertanto a che si adotti un' opinione diversa da quella di Labeone; onde la sua vera giustificazione non può, a mio parere, esser tratta che da ragioni di opportunità e convenienza, come accadeva per la teoria di Proculo. E poichè uno stesso spirito ci sembra che informi entrambe le decisioni, troveremo molto naturale che esse provengano da giuristi della medesima scuola.

La tendenza dei proculeiani è di evitare, per quanto è possibile, il duplice giudizio col compratore e col venditore. Perciò essi si oppongono « re integra » alla divisione delle azioni, salvo a rimediar poi con la rescissione. Per lo stesso motivo, quando l'azione è stata promossa prima della vendita, e il convenuto non può dolersi se la sua obbligazione viene estesa oltre i confini del proprio peculio, perchè ciò dipende dal fatto suo, Labeone stabiliva che nella condanna si computassero entrambi i peculii, acciocchè l' unico giudizio in corso bastasse alla risoluzione definitiva delle pretese dell'attore.

Dal canto suo la formula si prestava benissimo alla soluzione caldeggiata da Labeone, perchè l'ordine di condannare « de peculio » permette di considerare tanto il solo peculio o frazione di peculio che si trova presso il convenuto, quanto tutte le frazioni o tutti i peculii che lo schiavo ha presso i varii interessati, « universum peculium eius ubicumque est »[1]). Su questo punto l' officium iudicis non è coartato dalla formula, ed il giudice può aderire alla teoria labeoniana nel caso della l. 43, come nel caso del condominio po-

matore della decisione sarebbe il principio, che imputa nel peculio anche ciò « quod dolo malo domini factum est quo minus in peculio esset ». Ma, ancorchè si potesse in forza di questo principio comprendere nel peculio quegli acquisti, che lo schiavo avrebbe fatti ugualmente, se fosse rimasto in proprietà del venditore, non si dovrebbero certo considerare come appartenenti al peculio del venditore i beni, che per ipotesi fossero stati assegnati allo schiavo dal nuovo padrone. Eppure la regola dettata da Labeone abbraccia indistintamente tutto il peculio acquistato dal servo presso il compratore.

[1]) Ciò è sfuggito al KELLER, *Comment.* p. 107 sgg., la cui interpretazione della l. 43 è pertanto inaccettabile.

Certo è che nella l. 43 ha la sua massima consacrazione il principio dell'unità del peculio (come patrimonio di fatto del servo), che forma la base della teoria della responsabilità dei condomini, del fructuarius e del proprietario, dei compossessori di buona fede. Cfr. MANDRY, *Pec. dupl. iur.* p. 385, BARON, op. cit. p. 77.

teva pronunciare con Giuliano[1]) la condanna del socius nell'intero peculio[2]).

Mi fermo a ricordare questi concetti elementari, per mettere in evidenza la diversa situazione, che si ha quando il creditore-compratore agisce contro il venditore. Allora al giudice non si pone il còmpito di limitare la condanna al peculio del venditore o di comprendervi anche quello del compratore - la formula normale consente l'una e l'altra alternativa - ma si richiede da lui che detragga il valore del peculio del compratore dal credito domandato in giudizio. E come potrebbe egli farlo, posto che l'intentio della formula lo invita a ricercare ciò che dovrebbe lo schiavo se fosse libero, e non si discute che lo schiavo sia debitore dell'intera somma pretesa dall'attore? È dunque indispensabile modificare la formula, secondo che io ho già sostenuto[3]).

(*Continua*).

S. Solazzi.

[1]) Cfr. i testi sopra citati nella nota 3 di p. 211.

[2]) Dalle osservazioni e dai passi surricordati esce confermata l'idea del Lenel, *Edit*, I, p. 322, n. 2, che nè l'editto nè la formula dell'actio de peculio menzionavano la condizione che il peculio fosse presso il convenuto (diversamente Baron, op. cit. p. 164 sgg.). Questa condizione figura soltanto nell'actio annalis; se anche nell'actio de peculio ci fosse stato l'ordine di condannare nella misura del peculio « quod penes eum (N. N.) est », non sarebbero potute sorgere nè la teoria che ammette la condanna di ciascun condomino nell'intero peculio (Baron, op. cit. p. 166 ritiene che in questo caso si omettesse la clausola « quod penes eum est »), nè quella di Labeone per l'ipotesi prevista dalla l. 43. Per me è evidente, come per il Lenel, che la subordinazione normale della condanna all'esistenza ed all'ammontare del peculio che si trova nelle mani del convenuto, e il suo allargamento eccezionale ad altri peculii, provengono dall'interpretazione della clausola *de peculio* della condemnatio.

[3]) V. sopra la fine del num. 9 e la mia memoria più volte citata: *Ius deductionis e condemnatio cum deductione nell'actio de peculio*.

LA FIDEIUSSIONE NELL'EGITTO GRECO-ROMANO

1. Nell'Egitto, già depositario di una vetusta civiltà, si trovarono di fronte in quel periodo della sua storia, in cui fu ambita provincia dei Cesari, il diritto e le costumanze indigene, diritto e costumi greci, importati dalla fastosa dinastia dei Lagidi, il diritto romano, che anche là tendeva l'artiglio della sua originaria possanza. Onde quando s'imprenda lo studio di un istituto, che v'abbia avuto vita, conviene tener presenti gli istituti similari del diritto greco, al quale lo sviluppo giuridico egizio è per molti punti legato in ragione di genesi, e del diritto di Roma: e ciò, mentre da un lato rende possibile di determinarne la reciproca azione modificativa, quando nel corso del loro sviluppo palesino identità sostanziali, dà fede di una comune coscienza giuridica.

Dopo che la pubblicazione dei materiali papirologici ha allargato il campo delle fonti, su le quali la critica ricostruisce il processo evolutivo del diritto romano, negli istituti giuridici dell' Egitto si sono rintracciati, a ragione o a torto, principî a mano a mano accolti dall'autorità imperiale e divenuti di diritto comune nella legislazione giustinianea: a torto, ogni volta che le conchiusioni furono suggerite più dal desiderio di risolvere problemi insoluti, che da cauta obbiettività d'esegesi.

Fu affermato dal Brassloff [1]) che il beneficio di escussione, concesso da Giustiniano ai fideiussori, abbia sua origine - che risalirebbe al II secolo d. C. - nella prassi giuridica egizia; onde avrebbesi una risoluzione della controversia dibattuta fra i romanisti su l'esistenza o meno di quel παλαιὸς νόμος, che Giustiniano ricorda nel

[1]) *Zur Kenntniss des Volksrechts in den romanisirten Ostprovinzen des römischen Kaiserreiches* (Weimar, 1902), pp. 22-26, 65-69.

proemio della Novella 4 come concedente, nell'antico diritto, il *beneficium* ch'egli legifera.

Tale affermazione sembra a noi che - quando siansi esaminati tutti i documenti papirologici riferentisi a vera e propria ἐγγύη, e siasi tenuta in conto anche la comparazione con i diritti greco e romano - non possa nè debba accettarsi.

2. Nel diritto greco [1]) il sistema delle garanzie personali (ἐγγύαι) ebbe sì largo sviluppo, che diede perfin motivo a quell'arguto osservatore che fu Teofrasto, di sorridere quasi dell'usanza, quando descrive il suo ἄπιστος come un tale che, se dà a lavar la sua tunica, non sceglie il migliore operaio ma chi può fornire un garante solvibile [2]).

La ἐγγύη, mantenendo inalterati i propri caratteri sia che intervenisse in rapporti con lo Stato, sia in contrattazioni private, accedeva ad ogni sorta di contratti: appalti d'imposte, imprese di lavori pubblici, locazioni di fondi, vendite (nel qual caso assumeva un nome speciale, βεβαίωσις), mutui. L'obbligazione del garante aveva carattere accessorio, dacchè è sicura l'opinione che l'ἐγγυητής non fu parte essenziale all'esistenza giuridica del contratto, nel quale interveniva. Se poteva, al caso, variare la misura dell'assunta garanzia, per la sua natura accessoria essa invece non poteva necessariamente avere per oggetto una prestazione diversa da quella garantita, ma identica nel contenuto.

Non però al carattere di accessorietà andò congiunto l'altro della sussidiarietà: alla scadenza era in arbitrio del creditore escutere, per la soluzione del suo credito, e il debitore con le azioni che gli competessero e il garante con la δίκη ἐγγύης [3]). Di più la mancanza di

[1]) Cfr. CAILLEMER, *Le contrat de dépôt, le mandat et la commission, le cautionnement sistendi causa*, in *Mémoires de l'Académie de Caen*, 1876, p. 508 segg.; LÉCRIVAIN, *Le cautionnement dans droit grec classique*, in *Mémoires de l'Académie des sciences, inscriptions et belles lettres de Toulouse*, 1894, p. 200 segg.; CAILLEMER in DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, v. *eggye*; BEASLEY, *Le cautionnement dans l'ancien droit grec*. Paris, 1902 (*Bibliotheque des hautes études*, fasc. 143); BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la république athénienne* (Paris, 1897) IV, 460-486.

[2]) *Charact.* XVIII, 6-7. Καὶ τὸ ἱμάτιον δὲ ἐκδοῦναι πλῦναι, οὐχ ὃς βέλτιστα ἐργάσεται, ἀλλ' ὅταν ᾖ ἄξιος ἐγγυητὴς τοῦ κναφέως.

[3]) BEASLEY, op. cit., pp. 6-10; BEAUCHET, op. cit., pp. 472-74; MEIER - SCHOEMANN - LIPSIUS, *Der attische Prozess* (Berlin, 1883-87), p. 707.

Alcuni contratti sembrano però contenere clausole, nelle quali potrebbesi rav-

qualsiasi effetto consuntivo della contestazione di lite permetteva che o all'uno o all'altro, secondo l'azione prima esperita, si rivolgesse poi il creditore per ottenere quanto non avesse conseguito con l'esperimento della prima azione.

visare la prassi di un *beneficium excussionis*. Così in una legge efesia, che regola la sorte dei debiti ipotecari in tempo di guerra, si limita la responsabilità dei garanti al pagamento di quanto non si fosse ottenuto dalla distrazione delle cose ipotecate (cfr. DARESTE - HAUSSOULIER - REINACH, *Récueil d'inscriptions juridiques grecques* (Paris, 1891), p. 34, l. 43-53). Tanto gli editori quanto il BEAUCHET, op. cit., IV, 483, pensano che qui s'abbia un beneficio di guerra, il quale consisterebbe appunto nella limitazione della responsabilità alla somma rimasta insoluta dopo l'alienazione dei beni ipotecati. Anche ammettendo questa spiegazione, bisogna pur sempre dichiarare eccezionali certe disposizioni che si rinvengono in un decreto regolante l'impiego del denaro donato a Delfo dal re Attalo II, quando vi si stabilisce che la restituzione delle somme prestate da parte dei mutuanti avverrà entro cinque anni; e che, in mancanza di puntuale soddisfacimento, gli immobili ipotecati dai debitori saranno venduti, e per gli eventuali reliquati si escuteranno i beni del debitore e de' suoi garanti [.... εἰ δέ κα μὴ ἀποδί‖δωντι καθὼς γέγραπται, τὰ ἐνέχυρα αὐτῶν τᾶς πό‖λιος ἔστω καὶ οἱ ἐπιμεληταὶ ἀεὶ οἱ ἐγδανείζοντες κύρ[ι]‖οι ἔστωσαν πωλέοντες· εἰ δὲ πωλειμένα τὰ ἐνέ‖χυρα μὴ εὑρίσκοι τὸ ἀργύριον ποθ' ὃ ὑπέκειτο τᾶι πόλει, πρά‖κτιμοι ἔστωσαν τοῖς ἐπιμεληταῖς ἀεὶ τοῖς ἐνάρχοις τοῦ ‖ ἐλλείποντος ἀργυρίου αὐτός τε ὁ δανεισάμενος καὶ ‖ οἱ γενόμενοι ἔγγυοι, τρόπωι ὤι θέλοιεν πράσσειν, καθὼς ‖ καὶ τἄλ[λ]α δαμόσια καὶ ποθίερα πράσσονται Cfr. *Bulletin de correspond. hellénique* V, 157 segg. = DITTENBERGER, *Sylloge inscriptionum graecarum* (Leipzig, 1898-1900), 306, l. 68 segg.].

Queste disposizioni possono anche considerarsi come stipulazioni di favore per gli ἐγγυηταί, se a darci, a mio avviso, il vero significato della clausola obbligatoria non stesse la dichiarazione che per lo ἐλλεῖπον sono obbligati non solo gli ἐγγυηταί ma ancora il mutuante (πράκτιμοι ἔστωσαν ... τοῦ ἐλλείποντος ἀργυρίου αὐτός τε ὁ δανεισάμενος καὶ οἱ γενόμενοι ἔγγυοι). Ciò fa pensare che non si tratti semplicemente di stipulazione di favore, ma di un più profondo ed intimo significato connesso con i principî regolanti la costituzione dell'ipoteca greca. La quale, sviluppatasi dalla πρᾶσις ἐπὶ λύσει (cfr. HITZIG, *Das griech. Pfandrecht* (München, 1895), pp. 105, 108; BEAUCHET, op. cit., III, 272, 276-277) attribuiva, per la sua stessa natura giuridica, quasi di *datio in solutum* tacitamente preconvenuta, al creditore il diritto di alienare la cosa ipotecata, qualora alla scadenza non fossero state adempiute le assunte obbligazioni. Nel contratto riportato, la preventiva alienazione delle cose ipotecate è quindi conforme all'indole dell'istituto [onde si potrebbe affermare che non sia il caso di un trattamento di favore, ma di ciò che avveniva normalmente quando fossero costituite speciali ipoteche. Cfr. PS. DEM. *c. Lacrit.* 12, dove (non accedono al contratto garanti però) la πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης è concessa al creditore per ottenere quanto non avesse ricavato dalla vendita delle cose specialmente a lui ipotecate a garanzia del credito. Il che non toglie che il creditore potesse invece esperire prima le azioni personali quando ciò, rappresentando d'altro lato minori inconvenienti e danni per il debitore, gli fosse stato più utile]. Ad ogni modo l'azione sui beni dati in garanzia reale lasciava aperto il campo alle altre azioni contro la massa dei beni e del

Quanto alla misura dell'assunta garanzia, essa restava determinata dai termini del contratto [1]): poteva essere *pro parte* e *in solidum*; e, quando più garanti vi accedessero, le loro rispettive responsabilità erano fissate o *in solidum* o *pro parte* o ancora per alcuni *pro rata* e per gli altri in solido per il resto [2]).

Quanto al modo, onde la garanzia veniva prestata, s'incontra una grande varietà: gli ἐγγυηταί si obbligavano *simpliciter* o con clausola esecutiva (πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης) o rafforzavano la garanzia con la concessione d'ipoteche speciali su beni determinati, o, concedendo ipoteche, concedevano pure l'azione generale su tutti i loro beni [3]).

La soluzione del debito da parte dell'ἐγγυητής effettuava per esso la nascita di un'azione di regresso (δίκη βλάβης, ἐγγύης?) [4]) per ottenere il rimborso dal creditore.

Alla elastica e aformale costruzione della ἐγγύη greca, il rigido e severo carattere del diritto romano contrappone una serie di ga-

debitore e dei garanti; e qui, che si dovrebbe riscontrare, nel contratto in esame non v'ha traccia di *beneficium*.

Non diversamente è da interpretarsi una consimile clausola in un contratto di locazione di terreni sacri a Delo (207 a. Chr.), nella quale i locatari e loro garanti sono responsabili su la stessa linea, dopo l'alienazione di cose specialmente determinate [εἰὰν δέ τι ἐλλείπει τοῦ μισθώματος πραθέντων τῶν καρπῶν ἀποδόσθων πρὸς τὸ ἐλλεῖπον τοὺς βοῦς καὶ τὰ πρόβατα καὶ τὰ ἀνδράποδα. Εἰὰν δὲ καὶ τούτων πραθέντων ἔτι ἐλλείπει τι τοῦ μισθώματος, ἐπιπρασσόντων τὸ ἐλλεῖπον ἐκ τῶν ὑπαρχόντων τοῖς μεμισθωμένοις καὶ τοῖς ἐγγυηταῖς [cfr. *Bulletin de correspondance hellénique*, XIV, 433, n. 2].

[1]) Che la ἐγγύη potesse prestarsi anche *in duriorem causam* afferma il Beauchet (IV, 469) fondandosi su di un contratto (Dittenberger, *Syll.*, 388), nel quale è pattuito che se l'obbligato non adempia le condizioni del contratto (fornimento di vittime per la celebrazione dei misteri), i garanti saranno tenuti per l'ἡμιόλιον. Questa disposizione di carattere penale - quando vi si rapporti - senza dubbio rientra nel concetto romano della *durior causa* [cfr. 8, 7 D. XLVI, 1: Illud commune est in universis, qui pro alio obligantur, quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari; in leviorem plane causam accipi possunt, propter quod in minorem summam recte fideiussor accipietur. Item accepto reo pure ipse ex die vel sub condicione accipi potest, enimvero si reus sub condicione sit acceptus, fideiussor pure, non obligabitur], a meno che il pagamento dell'ἡμιόλιον non sia sottinteso - ciò che non è inverosimile - anche per la parte principale.

[2]) Th. Homolle, *Des temples déliens en l'année 279*, in *Bull. de corresp. hell.* cit. (XIV) 431; Beasley, op. cit., p. 5; Beauchet, op. cit., p. 478 segg.

[3]) Hitzig, op. cit., pp. 145, 146; Beauchet, op. cit., p. 480.

[4]) Beasley, op. cit., p. 10.

ranzie personali [1]), che ripetono loro forza giuridica dalla forma nella quale prestavansi; dalle più antiche *sponsio* e *fidepromissio* alla *fideiussio* più recente ed accessibile anche ai peregrini. La obbligazione nascente dalla forma della *stipulatio* onde rivestivasi la promessa di accedere a un'obbligazione altrui, è esigibile dal creditore con la stessa *actio ex stipulatu*, che gli sarebbe spettata in caso di due *correi debendi* contro ciascuno; poichè il concetto di accessorietà è più tardivo [2]) e la originaria diversità dall'obbligazione correale sta più nella diversità del modo come avveniva la *stipulatio* (unicità e contemporaneità di risposta dei correi allo *stipulator*; dualità o pluralità senza necessaria contemporaneità nelle stipulazioni di garanzia, donde non poteva sorgere, come nel primo caso, un'intima unità di vincolo obbligatorio), che nel grado dell'obbligazione contratta, essendo evidente che la differenza del grado resta appunto determinata dal concetto di accessorietà.

Premesso che, per attenuare il rigore degli effetti derivanti dalla *fideiussio* stipulata, come mancanza di azione di regresso da parte del fideiussore escusso contro il *reus* o i confideiussori, in causa dell'effetto consuntivo della contestazione di lite (Paul. *R. S.* II, 17, 15 (16); 16 C. VIII, 40 (41)), e per rendere, d'altra parte, possibile il negozio di garanzia anche fra assenti, l'acume dei giureconsulti riconobbe la cessione delle azioni del creditore al fideiussore, che le compera, per

[1]) Le garanzie personali, anche nel diritto di Roma, furono, almeno fino alla fine della Repubblica, di maggior uso che le garanzie reali. Ne danno fede:

Varro, *De ling. lat.*, VI, 74: 'consuetudo erat, cum reus parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium daret'; *Lex Malac.* 60: 'si de ea re is praedibus minus cautum esse videbitur, praedia subsignato', donde si desume che si preferivano, di regola, i *praedes*, e non si ricorreva ai *praedia* se non in caso di presunta insufficienza di quelli; Labeo in l. 14 D. XX, 6: 'cum colono tibi convenit ut invecta importata pignori essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset; deinde mercedis nomine fideiussorem a colono accepisti. Satisfactum tibi videri existimo et ideo illata pignori esse desisse'; l. 6 § 2, D. XX, 6, che riporta il parere di Atilicino: 'Atilicini sententia qui putabat, si satisdetur alicui certae pecuniae recedere eum a pignoribus debere'; dai quali due passi è facile conchiudere che spesso il pegno non si considerava se non come un espediente d'attesa della garanzia personale.

La preferenza si spiega quando si pensi che, oltre all'essere di per sè una garanzia morale il fatto del godere fiducia, il pericolo, al quale si esponeva il garante suggeriva un'attenta vigilanza sul debitore, onde, anche per ciò, in certo modo, maggiore sicurezza ne derivava al creditore.

[2]) Cfr. Girtanner, *Die Bürgschaft nach gemeinen Civilrechte* (Jena, 1850), p. 6.

sottile finzione, con l'atto del pagamento (36 D. XLVI, 1); limitò nella *fideiussio indemnitatis* (116 D. XLV, 1) la responsabilità del garante a quanto il creditore non avesse conseguito dal *reus*; e riconobbe valore giuridico al *mandatum pecuniae credendae* - nel quale il mandante diventa debitore accessorio del mandatario che ha il suo debitore principale in colui al quale ha fatto credito - e al *constitutum debiti alieni*; prescindendo dai caratteri formali della *stipulatio*, nei quali s'incentra la forza costitutiva del *vinculum iuris*; per ciò che riguarda l'obbligazione e i rapporti che ne sorgono, i principî che per il lungo corso del diritto romano ne regolarono la vita, sino alle innovazioni giustinianee dell'abolizione dell'effetto consuntivo della contestazione di lite (28 C. VIII, 40 (41)) e della concessione del *beneficium excussionis* ai fideiussori, mandanti e costituenti (Nov. 4), si possono riassumere brevemente nel seguente schema:

I. al creditore è libera la scelta di ripetere il credito tanto dal debitore principale quanto dal debitore accessorio (51, 3, D. XLVI, 1; 56 pr. D. XVII, 1; 2, 3, 5, 19, 20, 21, 23 C. VIII, 40 (41));

II. al fideiussore non spetta azione di regresso contro il debitore o i confideiussori (36, 39 D. XLVI, 1; I. III, 20, 4); fu riconosciuta invece la *cessio actionum* (17 D. XLVI, 1); d'altra parte al fideiussore spettavano le azioni che nascessero da eventuale rapporto intercorrente con il debitore (a. e. di mandato contraria ogni volta che avesse agito in veste di mandatario (20 § 1 D. XVII, 1), di gestione di negozi (ib.); o con i confideiussori. Al *mandator pecuniae credendae* spetta pure la cessione delle azioni del creditore (13 D. XLVI, 1; 6 § 2, D. XVII, 1; 41 § 1 D. XLVI, 1);

III. solo con l'epistola adrianea, non *ipso iure* ma *ope exceptionis* (26 D. XLVI, 1) il fideiussore convenuto potè chiedere che l'azione fosse divisa tra i confideiussori solvibili al tempo della *litis-contestatio* (51 pr. §§ 1-5 D. XLVI, 1; 3 § 2, 10, 16 C. VIII, 40 (41); Inst. III, 20, 4 (Gai. III, 121; Paul. *R. S.* I, 20, 1);

IV. Per ciò che attiene al concorso di garanzie reali e personali, come la mancanza di *beneficium ordinis* lascia al creditore la scelta della persona alla quale rivolgersi e delle azioni da esperirsi contro il *reus* e il *fideiussor* (51 § 3 D. XLVI, 1; 2, 9, 17, 25 C. VIII, 40 (41)); il diritto di scelta nè pure è limitato - nel rapporto tra creditore e fideiussore - da preferenza dell'azione personale alla ipote-

caria, che competesse al creditore per la concessione d'ipoteche fatta dal garante.

La vita dell'ἐγγύη greco-egizia si è quindi svolta sotto l'impero di questi principî regolanti l'istituto nel diritto dei dominatori. E specialmente interessa al nostro assunto la constatazione certa che il senso giuridico della giurisprudenza romana non concepì, come possibile carattere normale interno della fideiussione, un *beneficium excussionis*, il quale avrebbe contraddetto al rigoroso principio dell'effetto consuntivo della contestazione di lite e all'altro – connesso con la nascita di una doppia obbligazione derivante dall'originaria forma della promessa d'accedere a un'obbligazione altrui – della libera scelta del creditore. Ciò toglie la possibilità di un'azione positiva, in rispetto al riconoscimento del *beneficium*, del diritto romano sul diritto provinciale. Il quale, se l'avesse riconosciuto ai garanti, avrebbe o attinto alle fonti greche o ad un'indigena costruzione dell'istituto di garanzia. Che non possa ricondursi al diritto greco è legittimo affermare perchè in esso, come si disse, il *beneficium* fu ignoto. Non resterebbe che l'ultima alternativa: e siccome non è impossibile una risposta negativa [1]), dovrebbe aversi fondata presunzione d'inesistenza.

Se non che il diritto, che sorge dalla realtà dei rapporti, nel corso del suo progressivo sviluppo forma e consolida la norma dalla consuetudine, nella quale è in fondo la determinante di ogni legislazione positiva: onde appunto meglio deve attendersi la risoluzione del problema dall'indagine esegetica dei documenti papirologici, che sono la viva, diretta e reale espressione delle costumanze giuridiche di quei tempi.

♆

Dalla serie dei documenti, a dir vero, non ricca [2]), che riguardano negozi di garanzia, i caratteri dell'ἐγγύη greco-egizia si presentano simili a quelli ch'essa ha nel diritto greco.

[1]) Vedi pp. 298-300.

[2]) *Zois P.*; *Rev. L.* 34[a], 2 segg., 56, 14 segg.; *Par.* 62 [1] 13 – [3] 16...; *Petr.* 46 (200 a. C.); *Wien. Stud.* V, pp. 3-5 (487 d. C.): i quali riguardano contratti di assunzione d'imposte o assunzione di λειτουργίαι. *BGU.* III, 981 (78-79 d. C.); I, 244 (260-68 d. C.); *Oxy.* I, 82 (metà del III secolo d. C.); *Oxy.* I, 125 (560 d. C.) si rife-

I) Si contraeva e α) per semplice ὁμολογία o dichiarazione scritta e sottoscritta dall'ἐγγυητής di assumere l'adempimento delle obbligazioni del debitore - dichiarazione che poteva farsi o in un documento a sè stante [1]) o nell'atto stesso che determinava il contenuto del contratto, a cui accedeva il garante [2]); e β) con ὁμολογία contenente la clausola della stipulazione nella solita forma stereotipa ἐπερωτε-θε(ντες)ὶς ὡμολόγησα(μεν).

Ciò tanto nel caso che il contratto intervenisse fra privati, quanto se uno dei contraenti fosse lo Stato [3]).

riscono a ἐγγύαι in favore di persone che aspirano a cariche o impieghi. *Oxy.* II, 270[6] (94 d. C.); III, 308[8] (102 d. C.); *Lond.* II, 311[8] (149 d. C.); *Oxy.* I, 136[6] (583 d. C.) offrono, all'esegesi, sufficienti notizie sulla natura della garanzia nei rapporti privati.

Si possono aggiungere questi altri documenti, in cui, peraltro, v'ha solo una fuggevole menzione di ἐγγύη. *Grenf.* II. 17 (136 a. C.) lin. 7. ἔγγυος Θαῆσις πρεσβυτέρα Πόρτιτος τῶν προκειμένων πάντων; *BGU.* III, 831 (201 d. C.) l. 19. ἐργαψα ὑ[πέ]ρ τε αὐτοῦ καὶ τοῦ ἐνγυητοῦ | [Τ]ε[σενο]ύφεως ἀγραμμάτων; *Grenf.* II, 86 (595 d. C.) Αὐρήλιος Φοιβάμμων υἱὸς Ἰωάννου ἐκ μητρὸς Τρωβλακοτῆ | γεωργὸς ἀπὸ ἐποικείου Τουνκήρκεως τοῦ Ἑρμουπολίτου νομοῦ μετὰ ἐγγυητοῦ τοῦ καὶ | ἐγγεομένου καὶ ἀποδεχομένου με εἰς τὴν | ἀπόδοσιν τοῦ ἐξῆς ὀηλεσησομένου | χρέους ἰδίου αὐτοῦ κινδύνῳ καὶ πόρῳ | τῆς αὐτοῦ παντοίας ὑποστάσεως.

[1]) Es. *Petr.* 46; *BGU.* III, 981; *Oxy.* III, 508; *BGU.* I, 244.

[2]) *Lond.* II, 311; *Oxy.* I, 136. Altre volte la dichiarazione di accedere come garante è incorporata nel contesto del documento, senza espressa omologia. Es. *P. Grenf.* II, 17; II, 86.

[3]) Cade qui in acconcio di avvertire che la indagine propostaci non verte che sulle caratteristiche giuridiche dell'ἐγγύη greco-egizia considerata sotto il punto di vista del diritto privato, cioè come garanzia a favore di un terzo obbligato ad una prestazione in via principale. Ne esulano per tal modo: *a*) le garanzie procedurali (*fideiussiones iudicio sistendi causa* o παραστάσεις; *b*) le garanzie d'evizione nei contratti di vendita (βεβαιώσεις). Le prime, oltre che presentare caratteri speciali e speciale configurazione, hanno formato il tema di una piena e compiuta trattazione di L. Wenger (*Gestellungsbürgschaften in den Papyri*, in *Rechtshistorische Papyrusstudien*), anche in rapporto al *vindex* romano; pure le seconde presentano un particolare svolgimento storico e un carattere peculiare sì strettamente connesso con l'istituto della compravendita, che anche a questa dovrebbe allargarsi l'indagine, oltrepassandosi così i più modesti confini di queste ricerche.

Per quanto riguarda le garanzie prestate in contratti pubblici ne esula la speciale determinazione delle forme e dello sviluppo storico. Però è da notarsi che i documenti, i quali ne trattano, possono adibirsi insieme con altri a riprovare ad es. la mancanza del carattere sussidiario dell'ἐγγύη greco-egizia: 1°) perchè nel sistema dei contratti di garanzia di ordine pubblico, dal fatto che intercede anche fra il garante e lo Stato un contratto speciale, si ricava la presunzione che non havvi differenza, nell'intima configurazione dell'istituto e nella sua essen-

In due papiri *Wien. Stud.* V, pag. 4, lin. 18-19, *Oxy.* I, 136 l. 41, si trova la clausola della stipulazione, il significato della quale il Mitteis ebbe a riconoscere in ciò, che dopo la costituzione antonina, servì a dare colore di romanità agli atti giuridici provinciali [1]), ed ottenerne il riconoscimento dal diritto ufficiale o imperiale. Della formalità romana, in cui era la forza giuridica della *stipulatio*, non si comprese il significato; e dal 250 d. C. la clausola, che la designa, si adoperò in ogni sorta di atti, perfino quelli che più vi ripugna-

zialità, dai contratti intercedenti fra privati; 2°) perchè, in riguardo al rapporto nascente dall' essere uno dei subbietti del contratto, in cui interviene per il debitore un garante, lo Stato, questione potrebbe nascere qualora si volesse determinare se la ἐγγύη si presentasse o meno come un *munus* imposto con atto d'impero dallo Stato (a questo proposito contro il Grenfell (*Rev. L.* p. 113 segg.), che fa della ἐγγύη in caso di locazione d'imposte 'an extremely burdensome' λειτουργία, il Wilcken, *Griech. Ostr.* I, 551, ha dimostrato che la ἐγγύη 'war vielmehr ein rein privates Geschäftsunternehmen ebenso gut wie die Theilnahme an einer Pachtgesellschaft'), non in riguardo alle caratteristiche della ἐγγύη prestata, le quali logicamente non possono mutar loro essenza - se pure mutassero certe modalità dell'obbligo assunto derivanti dalla natura di uno dei soggetti (p. es. le cautele richieste dallo Stato e i termini fissati per la presentazione dei garanti ecc.) - da quando essa abbia luogo fra privati; l'oggettività giuridica dell'istituto per nulla essendo influenzata dal variare dei soggetti tra cui esso prenda vita.

Secondo le conclusioni del Wilcken (*Griech. Ostr.* I, 548 segg.), maestro nella conoscenza delle organizzazioni amministrative dell' Egitto, tratte di su *P. Zois*, *Rev. L.*, sono da distinguersi nel contratto di locazione d'imposte tre rapporti: I) tra l'assuntore (debitore) e lo Stato (creditore). Quegli è obbligato a presentare i garanti entro trenta giorni; in mancanza di che l'aggiudicazione non avviene (cfr. *P. Par.* 62 [1], 13 - II, 1; *Rev. L.* 34, 2 segg., 54 segg.); II) tra il locatore e il garante (?), i quali in un contratto stabiliscono i rispettivi utili (dacchè il Wilcken pensa ad una partecipazione agli utili del garante) e responsabilità; III) tra il garante e lo Stato, in un σύμβολον particolare (cfr. *Petr.* II, 46: e a p. 286), sono dichiarati direttamente dall' ἐγγυητής gli obblighi assunti.

Variava il numero dei garanti e variava pure la misura dell'assunta garanzia, sì che n'era resa possibile la partecipazione del piccolo capitale (cfr. Wilcken, op. cit., p. 551; e il largo e diligente commento del Grenfell a p. 113 di *Rev. L.*).

Tali norme, che si ricavano da documenti dell'epoca tolemaica, si mantengono invariate durante l'impero (cfr. *Grenf.* II, 41 (46 d. C.), e ancora *Wien. Stud.* V, 3-5). È da notarsi, per ultimo, che nei papiri contenenti simili contratti, si trova sempre il giuramento dell'obbligato per *genium principis* (*Petr.* II, 46 *a*; *BGU.* I, 244; *Wien. Stud.* V, p. 4, lin. 7; *Oxy.* I, 125), ciò che affidava maggiormente dell'adempimento degli obblighi, poichè lo spergiuro su la fortuna dell'imperatore era passibile di pena come *crimen maiestatis* (Cfr. Revillout, *Précis de droit égyptien* (Paris, 1903), I, 773; L. Wenger, *Der Eid in den Griechischen Papyrusurkunden* in *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung für Rechtsgesch.* XXIII (Rom. Abth.), pp. 229-230.

[1]) Mitteis, *Reichsrecht u. Volksrecht* (Leipzig, 1891), p. 485 segg.

vano per loro natura, come testamenti e manumissioni! Il che dimostra che l'elemento costitutivo dell'obbligazione non era la menzione dell'avvenuta interrogazione, ma lo scritto. Che però la forma ufficiale, nei contratti di garanzia, richiedesse la clausola si potrebbe pensare di su *Wien. Stud.* V, 3-5, dove un certo Sambas assume una ἐγγύη per un σιτομέτρης di fronte ad un'autorità, che rappresenta lo Stato: nel qual caso, appunto per trattarsi di un contratto ufficiale, la presunzione dell'esistenza necessaria alla validità dell'atto è particolarmente fondata.

Se non che già su la fine del II e in sul principio del III secolo anche nel diritto romano si riconosce valore giuridico a stipulazioni non avvenute nella forma verbale, ma che si consideravano come avvenute quando nell'atto scritto, in cui quindi si materiava, come a dire, l'obbligazione, era menzionata come avvenuta la *promissio*.

> Paul. *R. S.* V, 7. 2: « Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. Quod si scriptum fuerit in instrumento promisisse aliquem perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit ».

Così pure in un caso di deposito irregolare lo stesso Paolo ammette la validità della *cautio* prestata per iscritto (*inter praesentes*) al depositante in favore del depositario.

> l. 134 § 1 D. XLV, 1: « ... cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint, si inter praesentes actum est, intelligendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis ».

Conformi Inst. III, 19, 17; l C. VIII, 37 (38). Cfr. 14 pr. § 1, 2 C. eod ; Inst. III, 19, 12.

Che entrambe le parti fossero o meno presenti in persona alla confezione dell'istrumento, non toglie che solo la parte obbligantesi vi figurasse con la dichiarazione dell'obbligo assunto: il chirografo, quindi, acquista, per finzione, valore giuridico obbligatorio come di stipulazione avvenuta [1]).

[1]) Senza ricordare *instrumenta*. nei quali havvi la menzione dell'avvenuta *stipulatio* (cfr. Bruns, *Fontes*[6], p. 516 segg.; l. 40 D. XII, 1; 126, § 2, D. XLV, 1),

A noi preme di notare che questa nuova libertà di forme si estese anche alla fideiussione, della quale si riconobbe la validità quando risultasse dal chirografo del fideiussore che l'attestava avvenuta.

> Ulp. *libro quadragensimo ad Sabinum* 30 D, XLV, 1: « Sciendum est generaliter quod si quis se scripserit fideiussisse videri omnia solemniter acta ».

Al qual passo corrisponde esattamente, con l'aggiunta di una inutile esplicazione introduttiva:

> Inst. III, 20. 8: « In stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum: ideoque constat si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia solemniter acta ».

La condizione della *praesentia* era qui necessaria alla validità del chirografo? Si potrebbe trovare un argomento contrario nel silenzio del passo ulpianeo e più specialmente nel corrispondente delle Isti-

particolare interesse presenta la l. 41, § 2, D. XXII, 1 (Modestinus, *l. tertio respons.*): Ab Aulo Agerio Gaius Seius mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo: 'ille scripsi me accepisse et accepi ab illo mutuos et numeratos decem, quos ei reddam kalendis illis proximis cum suis usuris placitis inter nos': quaero an ex eo instrumento usurae peti possint et quae. Modestinus respondit, si non appareat de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse'. Questo chirografo, il quale è redatto in una forma un po' diversa dagli usuali *instrumenta*, più libera e somigliante a quella del chirografo greco, non ha solo valore probatorio, ma costitutivo di obblighi contrattuali; tant'è vero che Modestino discute sulla esigibilità delle usure, risolvendo la questione negativamente, quando siano incerte e non convenute nello stesso atto.

Quanto poi alla forma della *stipulatio*, se essa nelle provincie di origine greca - dove del resto si comprende come potessero disconoscersi ed alterarsi i caratteri di un istituto spiccatamente romano d'origine - si ridusse ad una *clausula generalis* inserita nei contratti dal συμβολαιόγραφος, ad una vuota espressione, si può d'altra parte affermare che a mantenere la degenerazione del concetto di essa, non poco dovette influire questa corrente manifestatasi nella giurisprudenza romana della fine del II e del principio del III secolo; la quale riconosceva, fors'anco per la maggiore prontezza pratica d'attuazione, validità a stipulazioni fittizie, nelle quali la *solemnitas verborum* era ridotta alla menzione fuggevole dell'avvenuta *promissio*. Quale differenza formale dalle clausole 'ἐπερωτεθεὶς ὡμολόγηκα?'

Il diritto romano, dopo aver risentito l'influenza dei diritti d'origine greca, attenuando il rigore formale di certi suoi istituti con la maggiore libertà formale di quelli, ha poi, con la forza latente propria e naturale del diritto dei dominatori, reagito su quegli stessi diritti che avevano causate le modificazioni e che naturalmente queste mantenevano e sviluppavano come quelle ch'erano più conformi alla coscienza, ond'erano promanate.

tuzioni di Giustiniano, il quale vorrebbe, come a dire, esserne un commento o una esplicazione.

Paolo esprime chiaramente che l'instrumento della *promissio* è produttivo di effetti validi, quando è avvenuta *inter praesentes* (134, D. XLVI, I; cfr. I, C. VIII, 37 (38) citati) e Giustiniano insiste in modo particolare su questa condizione e sancisce perfino nuove norme perchè ne sia bene compresa la portata e sia tolto motivo di controversie (14 pr., § 2 C. VIII, 37 (38)). Ora perchè Giustiniano, che pure aggiunge qualche cosa al passo ulpianeo, e che si dimostra così scrupoloso nella determinazione delle condizioni necessarie per la validità della *promissio* scritta, non avrebbe affermata anche per la *fideiussio* la necessità della *praesentia*, tanto più ch' essa nè pure è menzionata e richiesta dal passo di Ulpiano riprodotto nel Digesto, se essa in realtà fosse stata indispensabile?

Ancora si potrebbe recare in favore: *a*) la grande scioltezza di forme che la fideiussione andava assumendo ai tempi dell'ultima giurisprudenza classica; tempi in cui le si avvicinavano strettamente. per gli effetti giuridico-economici, altre figure come il mandato di credito [1]); e si riconoscevano valide altre espressioni e in altra lingua, che non fossero le sacramentali indigene [2]); *b*) il fatto che la giurisprudenza del tempo dei Severi si ispirava a considerazioni sugge-

[1]) Cfr. ad es. la l. 60 § 1 D. XVII. 1, nella quale Tizio scrive a Seio, a cui vuol dare in moglie Sempronia, che sa che la madre Tizia prometterà a lui la dote e aggiunge: 'quare scias quodcumque ab ea ex hac causa stipulatus fueris, id *me mea fide esse iussisse* salvum te habiturum'. Questo modo di *adpromissio* facea nascere a favore di Seio almeno un'*actio mandati contraria*, come si rileva dal seguito del passo.

[2]) 8 pr. D. XLVI, 1 = Ist. III. 20. 2. Tanto la dizione del passo di Ulpiano: 'Graece fideiussor *et* ita accipitur', quanto quella delle istituzioni: 'Graece fideiussor *plerumque* ita accipitur' fanno già pensare che fosse valida la fideiussione contratta in greco con altre parole che non fossero τῇ ἐμῇ πιστει κελεύω, λέγω, θέλω, βούλομαι, φημί ecc.

In due luoghi del Digesto s'incontra *subscriptio fideiussionis* (68 § 1 D. 46, 1; 15 C. V. 37). Come debba intendersi *subscriptio* ha bene mostrato il Bruns (*Kleinere Schriften*, II, 100-101): dichiarazione cioè di contenuto distinto da quello dell'istrumento al quale accede. Ma siccome la fideiussione poteva avvenire in tempo diverso da quello del contratto principale, e quindi essere redatta in istrumento a parte, ne consegue che la determinazione del Bruns non può intendersi in senso troppo ristretto.

Dippiù che si aggiungesse anche la firma nel chirografo non ci sembra assolutamente negabile, essendo essa al principio del III secolo d'uso. Paul. *R. S.*

rite dall'equità, e d'indole pratica in riconoscere validi certi negozî giuridici che lo *strictum ius* non avrebbe ammessi [1]).

Ma queste considerazioni, onde si potrebbe rivestir l'opinione che volesse sviluppare l'accenno del Girard [2]), il quale all'affermazione recisa che la presenza delle parti era una condizione indispensabile per la *promissio* scritta, annota che si può dubitare ' si le mouvement n'a pas été plus large pour certains contracts (*fideiussio*) ou dans certaines régions, ' perdono loro consistenza di fronte all'obbiezione che si presenta spontanea e che consiste nel considerare la fideiussione come una specie di stipulazione o *promissio*, alla quale debbano quindi estendersi le norme relative a questa.

Di più si trae un argomento contrario da:

THEOPH. *Paraphr.*, III, 20, 8. ἐπὶ τῶν ἐπερωτήσεων τῶν ἐγγυητῶν ἱστέον ἐστιν ὅτι ὁπερδήποτε εἴη γεγραμμένον ὡς γενόμενον προλήψει γεγε-

V. 25, 5 e MODESTINO, 50 D. XXIX, 2 (...si *post subscriptam epistulam* tutor moriatur.....). Il BRUNS (loc. cit. p. 105) osserva che, siccome si tratta di una lettera, non può esser questione di firma; ma che per sottoscrizione si deve qui assumere: ' die gewöhnliche auch damals noch allgemein übliche Unterschrift der Briefe durch Gruss und Datum '. Se non che il significato di *subscripta epistula* è dato da *BGU.* I, 300 (148 d. C.), un contratto di mandato fra due veterani romani. Precede l'intestazione (Γαίος Θυαλέριος..... Μάρκῳ Σεμπρωνίῳ..... χαίρειν); segue il contenuto del mandato in forma di lettera (συνέστησά σε κατὰ τοῦτο τὸ χειρόγραφον...) e alla fine di pugno di G. Valerio Cheremoniano havvi la sottoscrizione in questi termini: Γαίος Οὐαλέριος..... συνέστησα τὸν Μάρκον Σεμπρώνιον Κλήμεντα ἐπὶ πᾶσι τοῖς προκειμένοις). Dunque non data e saluti semplicemente, ma firma e sottoscrizione nello stesso tempo.

[1]) AFRICANO (34 D. XVII, 1) nega la nascita di rapporto di credito dal fatto che colui, ' qui negotia Titii procurabat ', abbia notificato per lettera al mandante che teneva come ' sibi credita cum usuris semissibus ' certa somma esatta dai debitori di lui. Quaesitum est, prosegue AFRICANO, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse (cfr. invece il passo di MODESTINO, riportato a p. 274, n. 1). Nè AFRICANO ammette interpretazione estensiva dal caso del depositario, che validamente diviene debitore trattenendosi per convenzione la somma depositata e dall'altro caso, in cui ' a debitore meo iussero te accipere pecuniam ' nel quale pure è valido il mutuo, perchè in quello havvi la traslazione diretta della proprietà necessaria per il mutuo, e perchè in questo ' benigne receptum est '.

Per ULPIANO invece anche il caso, rispetto al quale AFRICANO ha un'opinione negativa, devesi risolvere in senso affermativo. Cfr. 15 D. XII, 1: sì che viene sottintesa una doppia traslazione dal mandatario al mandante in esecuzione del mandato e da questi a quello, a titolo di credito.

[2]) *Manuel de droit romain*[3], p. 484, n. 5.

νῆσθαι δοκεῖ· διὸ ὁμολόγεται εἴ τις ἑαυτὸν ἔγραψεν ἐγγυήσασθαι δοκεῖν πάντα τὰ εἰωθότα πεπρᾶχθαι, οἷον τὸ ἐπερωτᾶσθαι αὐτὸν ὡς ἐγγυητὴν καὶ αὐτὸν ὁμολογηκέναι ἀκολούθως.

Cfr. ead. in *Schol.* ad h. loc. in Ferrini, *Scolii inedili allo Pseudo Teofilo. Mem del R. I. Lomb. di sc. e lett.* XVIII (1891), pag. 53.

S' è vero che qui manca la particolare menzione della *praesentia*, non è men vero che essa è presupposta da ἐπὶ τῶν ἐπερωτήσεων τῶν ἐγγυητῶν (*de interrogationibus fideiussorum*). Piuttosto devesi affermare che nel chirografo greco di fideiussione, si usavano, anche ai tempi di Ulpiano, parole diverse da quelle usate *di preferenza* nella fideiussione formale e che non fossero τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω etc.; e ritenere valido il chirografo contenente la formola ὁμολογῶ ἐγγυᾶσθαι, come era valido nel diritto giustinianeo (cfr. il passo teofilino. e *Oxy.* I. 136).

Dissi '*di preferenza*,' perchè anche la forma di risposta: 'ἐγγυῶμαι' nella fideiussione solenne faceva nascere la *obligatio verborum*, come si rileva da una costituzione di Alessandro Severo (230 d. C.), che ne afferma la incontroversa validità.

> c. 12 C. VIII, 40 (41). *Alexander A. Theodoto.* Blanditus tibi est, qui non teneri te persuasit, quod cum pro alio intervenires, ἐγγυῶμαι dixisti, cum et his verbis obligationem verborum contrahi pridem receptum est.

Cfr. ead. in *Bas.* XXVI. 1. 82.

Siccome nei documenti papirologici la ἐγγύη è assunta con la formola ὁμολογῶ ἐγγυᾶσθαι, se la pratica aveva ridotte le formalità alla menzione dell'avvenuta *fideiussio* nel chirografo [1]), non parrà soverchiamente arrischiata la ipotesi di un'azione dei diritti provinciali d'origine greca sul diritto romano, azione che si esplicò nel

[1]) La validità della fideiussione contratta per chirografo, sembra potersi argomentare da un luogo del libro di diritto siro-romano. Par. § 76 *a* (= Lond. 107; Ar. 45; Arm. 53) *Si extat chirographum debiti alicuius* erga alterum summae certae pecuniae, neque ille conveniatur antequam compleantur triginta anni, non licet amplius creditori petere a debitore vel a filiis eius, quoniam transierunt triginta anni neque ille ab eo petiit. *Sed neque a fideiussore vel ab hutus filiis petere potest.* (trad. Ferrini, *Beiträge zur Kenntniss des sog. rôm.-syr. Rechtsbuch*, in *Zeitschrift d. Sav.-Stift.* XXIII (R. Abth.), 137.

senso di indurre la giurisprudenza ad accogliere maggiore libertà di forme e a venir sostituendo, anche in questo campo, il principio più pratico e, nello stesso tempo, più fecondo di sviluppi dommatici, del riconoscimento della volontà d'obbligarsi al rigido formalismo tradizionale.

II) Come per diritto romano (6 pr. § 2, D. XLVI, 1; Inst. III, 20, 3) la garanzia prestavasi validamente anche in tempo posteriore a quello in cui erasi contratta la obbligazione principale, quindi anche indipendentemente dall'atto costitutivo di questa (*Oxy* IV, 707 (136 d. C.), col. II, lin. 32 segg. [1]).

III) La ἐγγύη poteva essere congiunta con la costituzione di ipoteche o riconoscimento dell'azione esecutiva da parte dell'ἐγγυητής. Cfr. *Petr.* II, 46 (b), l. 4 segg.; *Wien. Stud.* V, pag. 4, l. 13-14 (con πρᾶξις καθ. ἐκ δίκ.); *Oxy.* I, 125, l. 21 segg.; 136, l. 39-40.

Al creditore spettava il diritto di escutere il fideiussore prima di distrarre i pegni concessi dal debitore principale [2]);

IV) Dai documenti che si conoscono è lecito affermare - per difetto - che la ἐγγύη non prestavasi *in duriorem causam.*

V) In *Wien. Stud.* V, pag. 5, l. 20 sgg. intervengono tre testimonî, i quali dichiarano di essere stati presenti e di avere udito quanto ha detto l'obbligato (la formola è: μαρτυρῶ τῇδε τῇ ὁμολογίᾳ ὡς πρόκειται καὶ ὑπέγραψα ἀκούσας παρὰ τοῦ θεμένου Σαμβᾶ μεσίτου ὡς πρόκειται). Che non fossero necessari alla perfezione del contratto si desume dal fatto ch'essi non intervengono sempre [3]).

VI) Il debitore principale, alle volte, in uno speciale atto di obbligazione, prometteva all'ἐγγυητής di indennizzarlo d'ogni danno,

[1]) ἐγγύη in un caso di locazione di un fondo, che forma oggetto di un complicato rapporto, che non è qui il caso di risolvere. Gli obblighi assunti dal locatore sono a un certo momento garantiti dal fratello di lui: τούτων οὕτως ‖ ἐχόντων τῷ ιϠ (ἔτει) Ἀδριανοῦ Καίσαρος τοῦ κυρίου ἐνγυητὴς ‖ γείνεται τοῦ ἀδελφοῦ Φιλείνου [Ἀ]νϠέστιος πάντων τῶν διὰ τῆς μ.[ι]σϠώσε[ω]ς ἀνειλημ.[μέ]των καὶ ἔσχε αὐτὸς τὰ συνγεγραμμένα. Mancano, per lacunosa condizione del papiro, più speciali determinazioni.

[2]) Cfr. p. 291, segg.

[3]) Un testimonio compare anche in una ἀλληλεγγύη in *BGU.* II, 668, l. 14 15. Il papiro citato nel testo appartiene alla 2ª metà del v secolo; epoca nella quale il numero di tre testimoni era pure richiesto da una costituzione di Leone (469 d. C.) per il *pignus quasi publicum.* Vedi in BRUNS (*Kleinere Schriften*, II, 129) i casi in cui GIUSTINIANO richiese l'intervento di tre testimoni.

che potesse derivargli in causa del mancato pagamento da parte sua alla scadenza (Es. *Oxy.* II, 270).

VII) Nelle collezioni di papiri si trovano menzionati altri modi di garanzia, che hanno loro corrispondenti nelle fonti giuridiche romane:

a) *BGU.* I, 124 (260-268 d. C.) contiene una *fideiussio fideiussionis* per l'assuntore di una ῥαβδουχία, in questi termini:

> Αὐρηλίῳ Ἡρακλείδῃ στρ(ατηγῷ) Ἀρσι(νοίτου) ‖ Α[ὐρή]λιος Σύρος Ἐκύ[σεως] μη(τρὸς) Θερμο[ύ]‖θεως ἀπὸ κώμης Φ[α]νήσεως [ὁ.]‖μνύω τὴν τοῦ κ[υ]ρ[ί]ου ἡμῶν ‖ Γαλλιηνοῦ Σεβαστοῦ τύχην ἐ[κο]υσίως καὶ αὐθαιρέτως ἐγγυᾶ‖[σθ]αι Αὐρήλιον Σαρα[πί]ωνα Νεμε‖σίωνος μη[τρὸς] Τανέσβεως ἀπὸ ‖ τοῦ Ἀφροδειτοπ[ολε]ίτου γεν[ό.]‖μενον καὶ [α]ὐτὸν ἐγγυητὴ(ν) ‖ Α[ὐ]ρηλίου Ἐκύ[σε]ως Σάϊτος μη(τρὸς) ‖ Τᾶλλῶτος ἀπὸ κώμης Θεα[δελ]φείας ἀναδ[εχόμε]νον εἰς ῥαβδουχίαν.....

Cfr. 8 § 12 D. XLVI, 1.

Il diritto romano, a cui si può far risalire questa forma di garanzia, della quale non esistono esempi nel diritto greco, non ammetteva la divisione dell'obbligazione tra il *fideiussor principalis* ed il suo fideiussore.

> L. 27 § 4 D. XLVI, 1: «Si fideiussor fuerit principalis et fideiussor fideiussoris, non poterit desiderare fideiussor ut inter se et eum fideiussorem, qui pro se fideiussit dividatur obligatio: ille enim loco rei est nec potest reus desiderare ut inter se et fideiussor dividatur obligatio»;

b) Più interessante è *Oxy.* III. 508 (102 d. C.) che nel suo insieme costituisce una stipulazione di garanzia in favore di due debitori, ma che richiama - unico esempio [1]) - un altro istituto, il quale ebbe largo sviluppo e largo uso nella prassi giuridica dell'impero, e la cui natura formò, tra i giureconsulti, oggetto di vive discussioni: il *mandatum pecuniae credendae.*

[1]) L'erudita cortesia del prof. B. P. Grenfell, interpellata da noi, ci forni benignamente, onde vanno rese qui grazie, sui documenti di ἐγγύη in genere, e su quelli simili al papiro in questione, in ispecie, le seguenti notizie: 'Tebtunis II (which will not appear till 1906) has neither like P. Oxy. 508, nor is there any document of particular importance for ἐγγύη'.

Ἔτους πέμπτου Αὐτοκράτορος Καίσαρος
Νερούα Τραιανοῦ Σεβαστοῦ Γερμανικοῦ
[μ]ηνὸς Καισαρείου λ, ἐν
Ὀξυρύγχων πόλει τῆς Θηβαίδος
Ὁμολογεῖ Στέφανος ὁ καὶ Ἀμοῖς Σωσιβίου
τοῦ Ἀπολλοφάνους μητρὸς Πτολλαροῦτος
Χαιρήμονος τῶν ἀπ' Ὀξυρύγχων πόλεως
Ἡρακλᾶτι Ἡρακλ(ᾶτος) τοῦ Ἀρθώνιος μητρὸς
Δημητροῦτος ἀπὸ τῆς αὐτῆς πόλεως ἐν ἀ-
γυιᾷ γεγονέναι ἐπ' ὀνόματος τοῦ ὁμολο-
γοῦντος Στεφάνου κατὰ πίστιν δάνεια δύο
[.] ὧν ἐκ τοῦ ἰδίου Ἡρακλᾶς ἐδάνεισεν διὰ
τ[ο]ῦ ἐν τῇ αὐτῇ πόλει μνημονείου, κατὰ
μὲν τὸ πρῶτον τῷ Μεχεὶρ μηνὶ τοῦ β (ἔτους)
[Τ]ραιανοῦ Καίσαρ[ο]ς τοῦ κυρίου Ῥούφῳ Διο-
[κ]λέος τοῦ Διοκλέ[ος] μητρὸς Διδύμης Ῥου-
φίωνος ἀργυρίου δραχμῶν τετρακοσίων
πεντήκοντα ἐντόκων ἐφ' ὑποθήκῃ τῶν δι-
ὰ τοῦ αὐτοῦ δανείου δηλωθέντων τοῦ
Ῥούφου ἐνγαίων, κατὰ δὲ τὸ ἕτερον τῷ Τῦ-
βι μηνὶ τοῦ ἐνεχομένου τρίτου ἔτους τῷ
τοῦ Ῥούφου ὁμογνησίῳ ἀδελφῷ Διοκλεῖ
ἄλλων ἀργυρίου [δρ]αχμῶν τετρακοσίων
δέκα ἓξ κεφα[λαίου ἐφ'] ὑποθήκῃ τῶν [διὰ
τοῦ αὐτοῦ δη[λωθέντω]ν ἐνγαίων, ἅπ[ερ
δάνειά ἐστ[ι παρὰ τῷ Ἡ]ρακλᾷ, ὧ καὶ ἐ[ξεῖ-
[ναι. . . . . .

Eraclas ha prestato in nome e sulla fede di Stefano, a mezzo del μνημονεῖον di Ossirinco, a Rufo 450 dramme d'argento fruttifere (ἔντοκοι), e a Diocle, suo fratello, altre 416 dramme d'argento (non è detto se fruttifere, ma è pure probabile). I due contratti sono garantiti da ipoteche (l. 18. 24). Stefano, che aveva emesso mandato perchè il credito avvenisse (γεγονέναι ἐπ' ὀνόματος τοῦ ὁμολογοῦντος.... δάνεια δύο), riconosce con un atto di omologia al creditore che i due mutui furono contratti sulla sua fede, e sembra pure assumere responsabilità per il pagamento. Infatti le parole alle quali, pur troppo, si

interrompe il papiro: ᾧ (i. e. creditori) καὶ ἐ[ξεῖ]ναι ... preludono (si noti il καί) a disposizioni dirette fra i contraenti, essendo già fatta menzione dei mutuatari e delle garanzie da loro concesse. Se è così Stefano avrà probabilmente concessa - in garanzia reale della obbligazione assunta come *mandator credendi* - ipoteca sui suoi beni, se non si vuol pensare ad una clausola esecutiva.

Si è affermato [1]) che l'Egitto potè conoscere, ciò che è ignoto nel diritto di Roma, una rappresentanza diretta, l'agire cioè in nome e per conto del mandante, al quale direttamente si acquistano i diritti e gli obblighi nascenti dall'esecuzione del mandato. Se così fosse, l'omologia susseguente all'esecuzione del mandato - che farebbe nascere un credito a favore del mandante (!) - si presenterebbe come il mezzo più adatto a salvaguardare i diritti del mandatario, l'unico e vero creditore. Ma, dato e non concesso che nei papiri s'incontrino casi di rappresentanza diretta, in ogni caso, si opporrebbe, nella fattispecie, a questa ipotesi il fatto della concessione delle ipoteche ad Eraclas mandatario e creditore, e la dichiarazione che i contratti sono in suo possesso.

Il diritto romano già nel I secolo d. C., su l'autorità di Sabino, ebbe accettata la validità del mandato di credito, negata nell'ultimo secolo della repubblica da Servio Sulpicio, al quale sembrava presentarsi come una forma invalida di *mandatum* Cfr. Gai. *Inst.* III, 156 = Inst. III, 26; 6 § 6, 32 D. XVII, 1.

[1]) La ipotesi, che ne deriverebbe doveva prevedersi ed esaminarsi, perchè l'affermazione, su cui si costruisce, appartiene al prof. WENGER, uno dei più profondi e geniali conoscitori della papirologia giuridica (*Papyrusforschung u. Rechtswissenschaft*. Ein vortrag.... (Graz, 1903), pag. 27-28). Il papiro, su cui l'affermazione si fonda, è *BGU.* I, 300 a cui già si accennò a pp. 276-277, n. 2. Alla *subscriptio* del mandante Valerio Cheremoniano segue l'altra del mandatario M. Sempronio Valente (l. 22): συν[ἐ]σταμαι καὶ ἔκασ[τα ποιήσω τῶν προκειμέν[ων] καθὼς πρόκιται. *BGU.* I, 300 più ch'essere un esempio di '*Vollmacht*' - il quale del resto sarebbe tanto più strano fra Romani del II secolo d. C. - presenta, a mio modesto avviso, la nomina di un *procurator omnium bonorum*, onde un esempio pure greco - sebbene con diversità formali - fornisce anche la l. 60, § 4, D. XVII, 1: Lucius Titius fratris filio commisit rerum suarum administrationem ita: Σεῖω τέκνῳ χαίρειν. ἐγὼ μὲν κατὰ φύσιν εἶναι νομίζω τὸ ὑπὲρ πατρὸς καὶ τῶν τοῦ πατρὸς υἱῶν πραγματεύεσθαι· διὰ τοῦ τινὰ ἐπιτροπικὸν αἰτεῖν. εἰ δὲ δεῖ καὶ τοιούτου τινός. ἐπιτρέπω σοι περὶ πάντων τῶν ἐμῶν ὡς θέλεις πραγματεύεσθαι, εἴτε πωλεῖν θέλεις εἴτε ὑποτίθεσθαι εἴτε ἀγοράζειν εἴτε ὁτιοῦν πράττειν, ὡς κυρίῳ ὄντι τῶν ἐμῶν· ἐμοῦ πάντα κύρια τὰ ὑπὸ σοῦ γινόμενα ἡγουμένου καὶ μηδὲν ἀντιλέγοντός σοι πρὸς μηδεμίαν πρᾶξιν.

L'opinione sabiniana non giudica però alla stregua delle norme proprie del mandato ordinario, ma fonda la validità della nuova forma su considerazioni d'ordine piuttosto pratico che dommatico (quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset), e la legittima solo in riguardo all'*actio contraria*[1]). La quale, di semplice azione sussidiaria, quasi diviene l'azione principale del contratto, in luogo della normale diretta. Quale che possa essere il risultato dell'indagine su l'esistenza o meno di quest'ultima azione, il mandante con l'*a contraria* era tenuto alle prestazioni del debitore nella stessa linea di questi; e, sia che si pensi, come il Ferrini, che agli inizî l'*a. contraria* dovesse essere ristretta al danno che il mandatario avesse risentito dall'esecuzione del mandato (il che se faceva, nel caso in cui il terzo debitore fosse insolvente, responsabile il mandante per l'intero, gli permetteva di essere tenuto solo in quanto al mandatario non fosse soddisfatto dal debitore); sia che, invece, com'è più consono al tenore delle fonti[2]), fosse concesso il diritto al mandatario di rivolgersi per la soluzione al mandante o al debitore, la natura stessa del mandato con le azioni nascentine, dava ai contraenti il modo di salvaguardare i propri diritti.

[1]) Si osserva ancora che nel mandato ordinario l'*a. contraria* ha il suo fondamento nella natura stessa e nello scopo del mandato: essa nasce *ipso iure* con l'esecuzione dell'incarico avuto, come *consequentia iuris* del fatto che la volontà del mandante è diretta a fare eseguire un *proprium negotium*, onde sorge *ex se* l'obbligo ai danni derivanti dall'esecuzione; mentre per il *mandatum pec. credendae* si vuol trovare il fondamento dell'*a. contraria* in un'espressa promessa d'indennizzo. Come può essa nascere *ipso iure* - si chiede - se mancano le condizioni perchè ciò avvenga, cioè un obbligo principale del mandatario rispetto al mandante e quindi la qualifica giuridica di 'rimborso' per le spese occorse? (Cfr. FOERSTER, *Der Kreditauftrag* (Leipzig, 1903) p. 82). Ma sembra a noi che la legittimazione dommatica del *mandatum credendi* mediante la dimostrazione dell'esistenza dell'*a. directa* in esecuzione del mandato - non solo, come si pensa (FOERSTER, op. cit. p. 47 segg.) per ottenere la cessione delle azioni dal mandatario quando sia stato escusso il mandante, in luogo del terzo a cui è stato concesso il credito - sia possibile di su vari passi del Digesto e dei Basilici, che in altra occasione verranno esaminati.

[2]) Il FERRINI, *Manuale di Pandette* (Milano, 1900), p. 622 afferma che 'almeno nel periodo della decadenza' la prassi della *libera electio* si estese al mandato in luogo di quanto normalmente avveniva, e cita la c. 19 C. VIII, 40 (41) di Diocleziano. Ma è incontrovertibile che assai prima la scienza giuridica l'aveva affermata unanimemente. Cfr. in ordine di tempo: GIULIANO (13 D. XVII, 1), GAIO (27 § 5 D. XVII, 1), PAPINIANO (56 pr. D. XVII, 1), CERVIDIO SCEVOLA (60 pr. D. XVII, 1), PAOLO (59 § 3 D. XVII. 1).

In Egitto, per contro, sembra che questo istituto giuridico non fosse compreso nella sua effettiva virtualità; nè che le azioni proprie di esso apparissero tali al creditore da assicurarlo pienamente. Ciò senza dubbio dimostra l'atto di omologia, nel quale il mandante si obbliga direttamente, quasi come ἐγγυητής (sebbene non appaia la parola) per il pagamento dei debiti di Rufo e Diocle.

Così, mentre da un lato il nostro papiro lascia supporre una recezione del diritto romano [1]), dall'altro dà interessante esempio della resistenza opposta dalle consuetudini giuridiche del paese [2]).

VIII) L'ἐγγύη greco-egizia ebbe il carattere sussidiario? Giustiniano con la Nov. 4 (a. 535 d. C.), richiamando un'antica legge, della quale sarà questione più avanti, aggiunge alla dommatica configurazione della *fideiussio* la sussidiarietà dell'obbligazione assunta, nel caso di presenza del debitore (εἰ μὲν παρόντες αὐτῷ τύχοιεν ἀμφότεροι, ὃ

[1]) Non è possibile affermare una derivazione dal diritto greco, perchè non si hanno esempi di *mandatum credendi*. Troppo arditamente invero, a mio modo di vedere il BEAUCHET (op. cit. IV, 376-377) insieme al CAILLEMER e al LÉCRIVAIN (ivi cit.) ne ravvisa un unico caso in Ps. DEM. *c. Lacr.* § 15. Androcle dice: ἐδάνεισα τὰ χρήματα Ἀρτήμωνι τῷ τούτου (scil. di Lacrito) ἀδελφῷ, κελεύοντος τούτου καὶ ἀναδεχομένου ἅπαντ' ἔσεσθαι μοι τὰ δίκαια κατὰ τὴν συγγραφήν. Le parole κελεύοντος ..... ἀναδεχομένου non fanno pensare a un rapporto di mandato: κελεύειν non ha significato proprio di mandare (cfr. STEPH. *Thes.* La parola propria è ἐντολή; ἐπιτέλλειν, ἐντέλλειν. Cfr. MEIER-SCHOEMANN-LIPSIUS, op. cit. 736. κελεύειν in un contratto di garanzia richiama - coincidenza casuale? - il *iubere* romano): mentre ἀναδέχεσθαι ha quello di ἐγγυᾶσθαι, con il quale si usa spessissimo. Cfr. BEKKER. *Anecd.* I. 244 (ἐγγυητής· ὁ ἀναδεχόμενος δίκην; p. 52: ἀναδέξαι· οἷον ἐγγυῆσαι); HESYCH. *Etym.* (ἐγγύαι· ἀναδοχαί; ἔγγυος· ἀνάδοχος), e, per non tralasciare i papiri, cfr. *Wien. Stud.* V, 4, 8; *Oxy.* I, 125, 7; 136, 35 ed altri esempi nelle παραστάσεις raccolte nel geniale lavoro del WENGER (*Rechtshist. Papyrusstudien*, N. 1. *Gestellungsbürgschaften in den Papyri*, passim). Eppoi ἀναδέχεσθαι allude più presto ad un'assunzione diretta di garanzia, come la ἐγγύη, che a una garanzia risultante da un rapporto complesso com'è il mandato. Nella fattispecie pseudo-demostenica (§ 44), LACRITO non venne in conclusione convenuto da Androcle come crede di suo fratello ARTEMONE, alla successione del quale aveva rinunciato, e neppure come *mandator*, ma come ἐγγυητής.

[2]) Ciò non toglie che, considerando l'età a cui appartiene il papiro (principio del II secolo: 102 d. C.), non troppo lungi dai tempi in cui era fiorito MASSURIO SABINO (Tiberio-Nerone), al quale devesi, per primo, la definizione della contesa su la validità giuridica del mandato di credito, e dopo il quale dovette quindi verosimilmente cominciare la elaborazione della giurisprudenza attorno all'istituto, si possa dar forma all'ipotesi che quest'uso provinciale di rivestire il mandato nelle forme dell'omologia, fosse una delle cause esterne del ravvicinamento, per certi rispetti, del *mandator pecuniae credendae* con il *fideiussor* (cfr. p. es. 6 § 2 D. XVII, 1; 32; 60 § 1. D. *eod.*)

τε πρωτότυπος ὅ τε ἐγγυησάμενος ἢ μανδατορεύσας ἢ ἀντιφονεύσας, ταῦτα ἐκ παντὸς φυλαττέσθω τρόπου); in caso di assenza al fideiussore convenuto, secondo il diritto riconosciuto al creditore, spetta la richiesta della fissazione di un termine, da parte del giudice, per fare comparire il reo, o, in caso di mancata comparizione, per sostenere la lite (ἐνδεικνύτο τοίνυν τὸν ἐγγυητὴν ἢ ἀντιφωνητὴν ἢ μανδάτωρα, καὶ ὅγε τῷ πράγματι καθήμενος δικαστὴς διδότω καιρὸν τῷ ἐγγυητῇ, ταὐτὸν δ' εἰπεῖν ἀντιφωνητῇ τε καὶ μανδάτωρι βουλομένοις τὸν πρωτότυπον ἀγαγεῖν, ἐφ' ᾧ τε ἐκεῖνον πρότερον ὑπομεῖναι τὴν ἀναγωγήν, οὕτω τε αὐτοὺς ἐν καταλοίπῳ πεφυλάχθαι βοηθείᾳ).

Così le norme del diritto classico per il caso di concorso di garanzie reali e personali sono radicalmente mutate: si segue, nell'esperire le azioni nascenti da quelle, lo stesso ordine stabilito per queste: e vi s'addiviene solo dopo avere esperito le azioni personali (c. II, οὐ μὴν οὐδὲ ἐπὶ τὰ πράγματα τῶν δανεισαμένων, εἰ παρ' ἑτέρων κατέχοιτο, χωρήσει πρότερον, πρὶν ἂν διελθεῖν τὴν ἐπὶ ταῖς περσοναλίαις ὁδὸν κατά τε μανδατώρων.....).

Al Brassloff appartiene l'affermazione [1]) che simile *beneficium*, nelle sue linee fondamentali, abbia esistito fin dal II secolo d. C. nel diritto egizio.

Il principio della liquidità, che governa i titoli esecutivi, gli suggerisce la osservazione che la clausola esecutiva è per sua natura contraria al beneficio, onde gli si porge occasione d'indagarne – in troppo breve ambito però – la esistenza, ch' egli conchiude di su un passo di *P. Lond.* II, 311 (p. 219 segg.); facendo poi di tale sua affermazione il presupposto per ricercare in altri documenti, che furono, e a maggior ragione, riferiti da altri ad altra figura giuridica, esempî di *beneficium ordinis* in caso di assenza del debitore.

[1]) Op. cit. I Kap. *Executivclausel u. benef. excuss.* Afferma subito (p. 1) che 'für das durch die vierte Novelle eingeführte beneficium excussionis, bei welchen der Gedanke an ein provinzialrechtlichen Vorbild sehr nahe liegt, ist die.....'; ma poi s'indugia su la natura della clausola esecutiva; e solo alle pp. 22-25 si addentra nell'indagine che ci interessa e la conclude; nel 2° capitolo: *Benef. excuss. u. Gestellungsprivileg*, in cui applica il *beneficium* a spiegare le παραστάσεις dei papiri, afferma ancora: 'in Aegypten schon... früher gewohnheitsrechtlich anerkannten beneficium' p. 65 ('vor Papinian'! p. 69). Delle conclusioni del Brassloff sembra avere dubitato il Wenger (Recens. dell'op. cit. in *Deutsche Litteraturzeitung*, XXIV (1903), 612-614), sebbene egli non esprima la propria opinione.

A negare la esistenza del carattere sussidiario dell' ἐγγύη greco-egizia, prima verremo esponendo alcuni papiri, donde si traggono, a nostro modesto avviso, risultati negativi certi; poi sottoporremo a critica gli argomenti speciali addotti dal Brassloff

A) In ordine di tempo, primo si presenta un papiro del II secolo a. C.: *Petr.* II, 46 *b* (200 a. C.), in cui un certo Teotimo garentisce come ἐγγυητής l' ἀπόμοιρα [1]), assunta da certo Filippo, obbligandosi, per due talenti, somma che è parte dell' intero, a rispondere dell'opera di lui.

ὁμολογῶ ἐγγυᾶσθαι εἰς ἔκτεισιν
Φίλιππον τὸν ἐξεληφότα τὴν ἀπόμοιραν εἰς τὸ δεύτερον ἔτος τῶν περὶ Φιλα-
δέλφεαν
τόπων ἀμπελώνων καὶ παραδείσων ταλάντου ἑνὸς καὶ δραχμῶν τρισχιλίων
καὶ τὸν αὐτὸν εἰς τὴν ἔγκλησιν τῶν περὶ βούβαστον ἀμπελώνων καὶ παραδείσων
δραχμῶν τρισχιλίων ὥστε εἶναι τὸ π[ᾶ]ν τάλαντα [δύο] πρὸς ἃ ὑποτίθημι τὴν
ὑπάρχουσάν
μοι οἰκίαν καὶ αὐλὴν καὶ τὰ συνκύροντα ἐν Εὐεργέτιδι κ[αὶ] ὁμώμοκα [τὸν]
γεγραμμένον ὅρκον βασιλικὸν
κατὰ τὸ σύμβολον τοῦτο.

Nella col. *a*) è contenuto il giuramento, nel quale l'ipoteca concessa è dichiarata καθαρά e prima di grado: [ὄμνυμι] [ταύ]την τὴν ὑποθήκην ἣν ὑποτέθεικα πρὸ[ς] τ[άλαντα] δύ[ο εἶ]ν[αι] ἐμὴν καθαρὰν καὶ μὴ ὑποκεῖσθαι πρὸς ἄλλο μηθὲν ἀλλ' ἢ τὴν προγεγραμ[μένη]ν ἐγγύην.

Qui, in verità, non v' ha soltanto la costituzione di un' ipoteca per un debito altrui, perchè la ἐγγύη consiste nel fatto dell' intervento di un terzo alla garantia dell'obbligazione dell'assuntore dell'ἀπόμοιρα. La concessione dell' ipoteca rafforza la garanzia personale, avendosi per tal modo, un concorso di garanzia personale e reale, nella persona dell' ἐγγυητής, a responsabilità limitata [2]).

[1]) WILCKEN, *Griech. Ostr.* I, 157 segg.

[2]) Il WENGER, *Zeitschr.* cit. p. 179-80 nota che questo σύμβολον 'privatrechtlich gesprochen keine Bürgschaftserklärung enthält sondern die Bestellung eines Pfandrechtes für eine fremde Schuld'. La costituzione dell' ipoteca ci sembra per contro doversi considerare come il modo di esplicarsi dell' ἐγγύη. Nè mancano le attestazioni nei Digesti. Cfr. 38 § 5 D. XLVI, 3. Il concedere ipoteche da parte dei garanti non costituiva un obbligarsi in '*duriorem causam*', chè la fideiussione sarebbe nulla *ipso iure*, ma un '*arctius se adstringere*' (cfr. GIRTANNER, op. cit.

La mancata soddisfazione degli obblighi alla scadenza, da parte dell'assuntore, determina l'immediato procedimento alla vendita dei beni dell'ἐγγυητής: non v' ha alcun cenno a priorità di escussione o a necessità di preventiva citazione del debitore. Anzi nella col. *c*) del papiro havvi una dichiarazione che attesta come, in seguito al fallimento del locatore [1]), i beni del garante sono stati venduti e acquistati da certo Tolomeo. Il reliquato del debito di Filippo era d'un talento e 516 dramme e due oboli e subito il garante è stato inscritto per questa somma alla βασιλικὴ τραπέζη di Crocodilopoli Di più lo sventurato Teotimo ha dovuto pagare le spese della vendita forzata! Il fatto dell'obbligarsi εἰς ἔκτισιν poneva il garante nella condizione di essere subito escusso alla scadenza [2]).

P. Reinach, 7 (141 (?) a. C.) lin. 33 segg. Un soldato mercenario, vittima, com'egli dice, di una ingiustizia eccessiva e in pericolo di diventare di libero schiavo per le azioni intentategli da certo Lisicrate, ricorre alla maestà di Tolomeo e Cleopatra, esponendo i fatti onde originarono le sue molestie. Si tratta di una vendita fattagli da Lisicrate, il quale nonostante che alla scadenza avesse ricevuto - secondo la versione del ricorrente - il pagamento di un acconto sul prezzo di vendita, ch'era da pagarsi presso la banca di Sozione, e poi, in seguito, il resto, trattenne presso di sè il chirografo rilasciatogli. Dopo qualche tempo Lisicrate convenne il ricorrente dinanzi allo stratego, negando l'avvenuto rimborso della somma, e sì fece che

p. 33-39). Siccome le varie ipotesi di *durior causa*, che s'incontrano nei Digesti, si possono ricondurre a un *plus re, tempore, loco* e *causa*, di fronte al diritto romano anche l'assunzione di una ἐγγύη sotto clausola esecutiva non avrebbe costituito che un '*arctius se adstringere*', non un *durius se obligare*, e la fideiussione così prestata doveva considerarsi prestata validamente.

[1]) Vedi un esempio di escussione di fideiussori di un *conductor vectigalium* in l. 68 § 1 D. XLVI, 1.

[2]) In *Rev. L.* col. 34. lin. 9. segg. sono contenute norme, per il caso sia di avanzo nell'esazione sia di *deficit*, che riportiamo nella fedele traduzione del GRENFELL: 'If there is a surplus left over, he shall pay to the chief tax-farmer and his associates trough the royal bank the share of the surplus due to each member of the company. But if there prove to be a deficit, he shall require the tax-farmer and his associates and the sureties to pay each his share of it, the payment to be exacted within the first three months of the following year'. I garanti, in caso di *deficit*, sono tenuti per lo ἐπίβαλλον, verosimilmente, secondo me, la quota per la quale si erano obbligati nel σύμβολον. Se così è, qualora per coprire il debito non fosse stata necessaria tutta la somma stabilita da ciascuno per garanzia, è probabile che le somme stabilite da ciascuno fossero diminuite proporzionalmente.

costrinse il malcapitato a firmargli una συγγραφή in lingua egiziana, che fu segnata anche da un fratello, dalla madre e da due altri come garanti. Chiede il ricorrente che dal momento in cui a Lisicrate sia stata notificata copia del ricorso, non gli sia permesso di molestare in alcun modo nè esso nè i garanti.

μὴ ἐξῇ αὐτῷ κομισαμένῳ τὸ [ἀ]ντίγρα[φο]ν τῆς ἐντεύξ[ε]ως ταύτης | [μη]δεμίαν οἰκον[ο]μίαν κατ' ἐμοῦ ποιεῖσθαι μηδὲ περι[σ]πᾶν με μηδὲ τοὺς προγεγραμμένους ἐγγύους....

dove per essere i garanti nominati insieme come passibili dell'azione del creditore, resulta che rispondevano nella stessa linea. Se fosse esistito *beneficium* era inutile scrivere di sospendere l'azione contro i garanti, dal momento che essa avrebbe dovuto esercitarsi solo dopo l'esperimento dell'azione contro il debitore.

BGU. III, 981 (78-79 d. C.) presenta un ἀντίγραφον ἐνγυήσεως, prestata per un γραμματεύς:

[Ὁ δεῖνα Πτολεμαί]ου Χαιρήμονι Ἀνδρομάχ(ου)
[τοῦ καὶ Διοσκόρου τοῦ Χ]αιρήμονος Ἀγαθοδοτείῳ
[τῷ καὶ Ἀλθαιεῖ βασιλ(ικῷ) γ]ραμμ(ατεῖ) Διοπολείτου μικ(ροῦ)
[.... χα(ίρειν). Ὁμολογῶ ἐ]νγυᾶσθαι τὸν ὁμοπάτριο(ν)
[καὶ ὁμομήτριόν μου] ἀδελφ[ὸ]ν Πτο[λ]εμα[ῖ]ον γρα-
[μματεύσοντά σε] ..... [.....] .....
Col. II. [χειρογράφῳ [ἐ]πὶ τῆς ἐνεστώ[σ]ης ἡμέρας, ἐὰν δὲ μὴ ποιῇ ἢ [π]αραβῇ. [.] ητινι .. ἔγραψ . [..] ..... ἐγὼ αὐτὸς ὑπεύθυνος ἔσομαι.

Il garante assume di rispondere degli obblighi di suo fratello ἐὰν ... μὴ ποιῇ ἢ [π]αραβῇ, se non farà o violerà i patti: ὑπεύθυνος indica chiaramente la responsabilità assunta per il fatto stesso della garanzia. Non è possibile rinvenire qui la più lieve traccia di sussidiarietà. Alla stessa affermazione si perviene dall'esame di un papiro dell'anno 487 d. C., pubblicato dall' Hartel in *Wiener-Studien* V, pag. 3-5:

† Μετὰ τὴν ὑπατίαν Φλς Λογγίνου τοῦ λαμπροτάτου παχὼν κβ' τέλει τῆς δεκάτης ἰνδ. ἐπ' Ἀρσινοῦ

Φλς Ε[ὐ]τοχίῳ τῷ μεγαλοπρεπεστάτῳ καὶ ἐνδοξοτάτῳ κόμιτι τῶν καθοσιωμένων δομεστίκων καὶ πρωτεύοντι τῆς Ἀρσινοειτῶν πόλεως Αὐρήλιος Σαμβᾶς υἱὸς

ἅπα Νείλου με[σ]ίτης ἀπὸ [τ]ῆς αὐτῆς πόλεως ἀπὸ ἀμφόδου ἁλοπωλίων. Ὁμολογῶ τὰ ὑποτεταγμένα· προσελθὼν παρακέκληκα τὴν σὴν μεγαλοπρέπειαν

ὥστε καταπι[στ]εῦσαι Αὐρηλίῳ Πέτρῳ υἱῷ Θεοδότου σιτομέτρῃ ἀπὸ τῆσδε τῆς Ἀρσινοειτῶν ὑποδέξασθαι τὸν δημόσιον σῖτον κώμης Εἰκοσιπεντα[ρουρῶν τῆς

Θε[ο]δοσιουπ[ολ]ιτικῆς ἐνορίας τῆς ἐμβολῆς τῆς εὐτυχοῦς ἑνδεκάτης ἰνδικτιῶνος ἣ καὶ ἄλλων ὧν ἐπιτρέψει τὸ σὸν μέγεθος, ἐμοῦ αὐτοῦ τοῦ Σαμβᾶ ἐγγυωμένου αὐτὸν καὶ

ἀναδεχομέν[ου· κ]αὶ εἴξασα[τ]αῖς ἐμαῖς παρακλήσεσιν τοῦτο πεποίηκεν, ἐζήτησεν δὲ δι' ἐγγράφου ὁμολογίας τὸ ἀσφαλὲς παρ' ἐμοῦ δέξασθαι περὶ τῆς ἀποκαταστάσεως οὗ ὑποδέχεται

ὁ προειρημέν[ος] Πέτρος δημοσίου γενήματος ἢ καὶ ἄλλου. κατὰ τοῦτο ὁμολογῶ ἑκουσίᾳ γνώμῃ, ἐπομνύμενος Θεὸν παντοκράτορα καὶ τὴ[ν] εὐσέβειαν καὶ νίκην τῆς καλλινίκου καὶ

ἀθανάτο[υ γρα]φῆς, ἐγ[γ]υᾶσθαι καὶ ἀναδεδέχθαι κινδύνῳ ἐμῷ καὶ τῆς ἐμῆς ὑποστάσεως τὸν εἰρημένον Πέτρον ἀποπληροῦντα τὴν σὴν μεγαλοπρέπειαν ἢ καὶ τοὺς

παρ' αὐτῆς ἐ[πι]τρεπομένους ἐμπροθέσμως, τοῦτ' ἐστιν ἐν καιρῷ τῆς ἐμβολῆς ἢ καὶ ὅτε δὴ ἂν βουληθείη τὸ σὸν μέγεθος ὑποδέξασθαι, ἅπαν ὅπερ φαίνεται ὑποδεξάμενος

με[τρήσειν δημοσίου σίτου ἢ καὶ] ἄλλου ἐπὶ τῆς εἰρημένης κώμης Εἰ[κο]σιπενταρουρῶν κατὰ τὰ παρ' αὐτ[οῦ] παρεχόμενα προτροφῖα ἢ καὶ ἐνταγῖα· εἰ [δ]ὲ μ[ὴ] τοῦτο ποιήσει

[ἐκλείπω]ν τι εἰς τὴν ἀποκατάστασιν τοῦ μέτρου, ἐπὶ τῷ ἐμὲ τὸν τούτου ἐγγυητὴν ἔνοχον εἶναι τὰς ἀποκρίσεις τῇ σῇ μεγαλοπρεπείᾳ ποιήσασθαι

[τοῦ ἐκλεί]ποντος εἰς ἀναπλήρωσιν οὗπερ φαίνεται ὑποδεξάμενος, ὡς εἴρηται, μέτρου εἴτε δημοσίου σίτου εἴτε ἄλλου μετὰ καὶ τῆς προστριβησομένης αὐτῇ

[ἰδικῆς] βλάβης ἢ ζημίας τούτου χάριν, ὑποκειμένων τῇ σῇ μεγαλοπρεπείᾳ καὶ τῷ δημοσίῳ λόγῳ εἰς τοῦτο π[ά]ντων μου τῶν ὑπαρχόντων καὶ ὑπαρξόντων

[ἰδικῶς καὶ γ]ενικῶς ἐνεχύρου λόγῳ καὶ ὑποθήκης δικαίῳ καθάπερ ἐκ δίκης. κυρία ἡ ὁμολογία καὶ ἐπερωμ(ένη).

. . . . . .

Segue la dichiarazione individuale del garante, identica a quella qui riportata, la firma e le firme di tre testimonî.

Aurelio Sambas μεσίτης, che ha inoltrata domanda al *comes* [1]) Eustochio di καταπιστεύειν (*fidem facere*) per Aurelio Petro σιτομέτρης, dietro accettazione del *comes* e richiesta di rilasciargli un chirografo di ἐγγύη, enumera i suoi obblighi come garante dell'assuntore δημοσίου σίτου del villaggio di Eicosipentarouron.

La garanzia è in *omnem causam*, cioè per tutti gli obblighi di Aurelio Petro (8-10), e rafforzata da un'ipoteca generale sui beni dell'ἐγγυητής con l'aggiunta della clausola esecutiva.

Il garante è in questo caso tenuto con l'*actio ex stipulatu* (vedi pag. 274):

I) in caso che il garantito non provveda la quantità di grano stabilita (lin. 11);

II) in caso che non adempia in termine (lin. 12), a rispondere del mancante (ἔνοχον εἶναι τὰς ἀποκρίσεις τῇ σῇ μεγαλοπρεπείᾳ ποιήσασθαι [τοῦ ἐκλείποντος] εἰς ἀναπλήρωσιν) e a rifare il *comes* dei danni [2]) che dovessero derivargli dal non adempimento in termine (lin. 13-14). Ora nel fatto che Aurelio Sambas si obbliga per quanto manchi, si potrebbe vedere una indiretta attestazione di *beneficium ordinis*; ma basta a togliere questa supposizione, in tutti i casi in cui in tal modo l'obbligazione si presenta assunta dal garante, il fatto che in *P. Oxy.* I, 136 (583 d. C) l'ἐγγυητής dichiara di essere obbligato se il debitore λοιπαδάριος φανείη [3]) e rinuncia al *beneficium* già accordato da Giustiniano, prova evidente che il fatto d'obbligarsi il garante in caso di adempimento parziale dell'obbligazione da parte del debitore è indipendente dall'azione del *beneficium ordinis*: il che pure si rileva da ciò, che mentre nel nostro papiro l'obbligo del garante è in caso di adempimento parziale, è concessa la clausola esecutiva, che

[1]) Sul *comes* e sul μεσίτης (mediatore) cfr. il commento dell'HARTEL, rispettivamente a p. 14-15 e 16.

[2]) Su la ζημία, cui sottostava il *comes* in diritto giustinianeo, se il grano non era fornito nel tempo di legge, cfr. l'editto XIII. c. 4 (il prefetto e suoi dipendenti rispondono κινδύνῳ οἰκείῳ καὶ τῶν ὄντων αὐτῷ καὶ ἐσομένων πραγμάτων καὶ κινδύνῳ τῆς αὐτοῦ τάξεως, cfr. pure c. 6).

[3]) La priore escussione del fideiussore obbligato εἰ ὁ πρωτότυπος λοιπαδάριος φανείη mentre potrebbe sembrare inconciliabile con la natura stessa del rapporto fra l'obbligazione del *reus* e l'altra del *fideiussor* la cui esigibilità appare quasi condizionata dalla escussione di quello (cfr. in questo senso PAUL. ad PAPIN. *l. IV. quaest.* l. 116 D. XLV, 1), tale non è, secondo l'opinione celsina espressa nella l. 42 pr. D. XII, 1.

per la sua stessa natura non si comporta con il *beneficium excussionis*.

Oxy. II, 270 (94 d C.) è il documento più direttamente interessante la questione proposta: sebbene non contenga un contratto di ἐγγύη pure vi si riferisce; e dai rapporti, che vi sono sottintesi o adombrati e che la esegesi trae alla luce, si desume con sicurezza la inesistenza del beneficio.

È un contratto fra Lucia, che ha per κύριος il suo secondo cugino Heraclas, e Serapione che è intervenuto come ἐγγυητής in un mutuo di 3500 dramme per due anni all'interesse annuo del 12 %, prestate a Lucia da Eraclide, al quale essa aveva ipotecate in garanzia certi suoi stabili di un'estensione complessiva di aroure 24 5/12.

Del documento assai lungo riportiamo solo quanto direttamente interessa:

Ὁμολογεῖ Λουκία..... Σαραπίωνι τῷ καὶ Κλάρῳ.... ἀπαρενόχλητον καὶ ανεἰσπρακτον παρέξασθαι τὸν Σαραπίωνα τὸν καὶ Κλάρον καὶ τοὺς παρ' αὐτοῦ κατὰ πάντα τρόπον ὑπὲρ ἧς πεποίηται ὁ αὐτὸς Σαραπίων ὁ καὶ Κλάρος ἐγγύης Ἡρακλείδῃ Ἀπολλωνίου τοῦ Καιρήμονος μητρὸς Ἡραίδος Διδύμου ἀπὸ τῆς αὐτῆς πόλεως καθ' ὁμολογίαν διὰ τοῦ αὐτοῦ μνημονείου τῷ ἐνεστῶτι μηνὶ Μεχεἰρ, ὧν ἡ ὁμολογοῦσα δεδάνεισται παρ' αὐτοῦ κατὰ δανείου συνγραφὴν διὰ τοῦ αὐτοῦ μνημονείου τῷ αὐτῷ μηνὶ Μεχεἰρ ἀργυρίου δραχμῶν τρισκιλίων πεντακοσίων κεφαλαίου τόκου δραχμαίου ἑκάστης μνᾶς κατὰ μῆνα ἀπὸ τοῦ αὐτοῦ μηνὸς ἐπὶ ὑποθήκῃ.....

Segue la descrizione dei beni ipotecati da Lucia ad Eraclide.

ἐὰν δὲ τῆς προθεσμίας ἐνστάσης μὴ ἀποδῷ ἡ ὁμολογοῦσα τῷ Ἡρακλείδῃ τὸ κεφά[λ]αιον καὶ τοὺς τόκους, ἀπαιτηθῇ δὲ ὑπὲρ αὐτῆ[ς ὁ Σαρ]απίων ὁ καὶ Κλάρος, κυριε[ύ]ειν αὐτὸν Σαραπίων[α] τὸν [καὶ Κ]λάρον τῶν προκειμένω[ν] ἀρουρῶν εἴκοσι τεσσάρω[ν τρίτου δ]ωδεκάτου εἰς τὸν ἅπαντα χ[ρ]όν[ον ὡς ἂν πράσεως [αὐτῷ γενο]μένης καὶ [ἀ]ποφέρεσθαι τὰ ἐξ αὐτῶν καὶ ἑτέροις αὐ[τὰς πωλ]εῖν καὶ χρᾶσ[θαι ὡς] ἐὰν αἱρῆται κ. τ. λ.

L'originario contratto di mutuo intercorso fra Lucia ed Eraclide si può facilmente rappresentare alla mente, su la scorta di uno dei

tanti documenti di mutuo greco-egizî (p. es. *P. Oxy.* III, 506 (143 d. C.), annettendovi la dichiarazione dell' ἐγγυητής.

Il Wilcken nell'indice per materia dei papiri [1]) lo qualifica come '*Versprechung zu Gunsten von Bürgen*'; gli editori lo presentano come '*Indemnification of a Surety*'. Infatti con tali contratti fra il debitore e il suo garante si mirava a render più sicura la posizione di quest' ultimo, il quale, se avesse dovuto rispondere, avrebbe avuto in luogo di un' azione di regresso derivante dalla sua posizione giuridica di ἐγγυητής di fronte al debitore, un'azione, contro il patrimonio di questi, derivante dai termini del contratto [2]).

Nel diritto romano si riscontrano contratti, che hanno qualche analogia con queste pattuizioni: p. es. a fine di garantirsi contro la eventuale insolvibilità del debitore, contro il quale gli competono normalmente l'*actio mandati* o l'*a. negotiorum gestorum contraria*, il fideiussore può esigere un *fideiussor* dell'azione: 'potest accipi fideiussor eius actionis quam habiturus sum adversus eum pro quo fideiussi, vel mandati vel negotiorum gestorum' l. 4 pr. D. XLVI, 1. Nulla poi s'oppone al pensare che in una *stipulatio* successiva il fideiussore acquistasse l'*actio ex stipulatu* contro il debitore, al quale avesse rivolta la domanda: 'quod Titio pro te solvero dare spondes?' Ma in

[1]) *Archiv für Papyrusforschung*, I, p. 19.

[2]) Nel diritto greco s'incontrano, non di rado, contratti fra gli ἐγγυηταί e il debitore, contratti che sono del tutto indipendenti, in rispetto alla causa, se pure concomitanti - come del resto quello del nostro papiro - dal contratto di ἐγγυη. Due esempî si trovano in Ps. Dem. *c. Apat.* 8. Il garante vende una nave, datagli in πρᾶσις ἐπὶ λύσει dal debitore, che si era obbligato a tenerlo indenne (ὠνὴν ποιοῦμαι τῆς νεὼς καὶ τῶν παίδων ἕως ἂν ἀποδοίη .... τὰς τριάκοντα ὧν κατέστησεν ἐμὲ ἐγγυητὴν τῷ τραπεζίτῃ) e in Isocr. *Trapez.* (37), 44, dove il garante non presta la garanzia, se non è assicurato con un deposito (ἐγγυητής μου ἐγένετο ἐγούμενος πίστιν ἔχειν ἱκανὴν τὸ χρύσιον παρ' αὐτῷ κείμενον).

Un altro esempio, che però si presenta come misura repressiva contro il debitore, il quale ha lasciato escutere il garante, non come atto precauzionale di prevenzione, porge una iscrizione di Delo, riportata dal Guiraud (*La propriété foncière en Grèce jusqu'à la conquête romaine* (Paris 1893), pag. 441 [4]. Ἂν τις τῶν ἐγγυητῶν εἰσπράχθει τοῦ μισθώματος ὑπὸ τῶν ἱεροποιῶν ἢ αὐτὸς ἀποδῶι ὑπὲρ τοῦ καταστήσαντος αὐτὸν ἐγγυητήν, ἐγγραφέτω ἡ βουλὴ (ὀφείλοντα) τῷ ἐγγυητῇ τὸν καταστήσαντα τὸ ἀποτεισθὲν ἀργύριον ἡμιόλιον καθάπερ τοὺς ὀφλικότας, καὶ εἶναι τοὺς ἐγγραφέντας εἰς ὑπερημέρους κατὰ τὸν νόμον.

In questo caso di appalto d'imposte, il Senato nota sui registri il nome dell'appaltatore insolvente e lo costituisce debitore del garante escusso per 1 ½ dell'ammontare del debito.

questo caso è facile osservare che l'azione per ottenere il rifacimento non è derivante dai rapporti nascenti per la interna struttura della *fideiussio*; sì bene il suo nascere è sottoposto all'arbitrio ed all'accettazione del debitore, trattandosi di un rapporto indipendente: di più, la giurisprudenza supplì alla mancanza del regresso con la *cessio actionum* del creditore al fideiussore escusso.

Restringendoci all'esame del nostro papiro la convinzione della inesistenza del *beneficium* si trae dalle seguenti considerazioni:

Senza dire che la esistenza del *beneficium* avrebbe reso meno necessarie o addirittura non necessarie pattuizioni, come quelle contenute nel papiro, meraviglierebbe in ogni modo la mancanza di qualsiasi accenno alla sussidiaria responsabilità del garante nel contratto di mutuo originario, il che, se fosse stato, apparirebbe nel nostro papiro. Nel quale invece alla dichiarazione di Lucia di volere che l'ἐγγυητής sia ἀπαρενόχλητος καὶ ἀνείσπρακτος per quanto riguarda la garanzia prestata a Eraclide - ciò che dimostra già la possibilità della sua escussione - un'altra ne segue, che veramente risolve il problema: la dichiarazione cioè che il garante può essere impetito in vece sua (lin. 29-30: ἐὰν .... ἀπαιτηθῇ ὑπὲρ αὐτῆς (scil. Λουκίας) ὁ Σαραπίων). Eppoi - e qui è la riprova sicura - il fideiussore Serapione può essere escusso prima del procedimento d'alienazione dei beni ipotecati dalla debitrice direttamente al creditore: il che si rileva dalla successione ipotecaria di Serapione al creditore, contrattata con Lucia, per di più con patto commissorio (κυριεύειν αὐτὸν Σαραπίων[α] τῶν προκειμένων ἀρουρῶν) [1] in suo favore. Il garante escusso invece della debitrice, solve il debito e con ciò acquista la proprietà delle cose già ipotecate al creditore! Da questo, mentre si conchiude la mancanza di *beneficium excussionis*, si rileva d'altra parte che al creditore spettava anche la scelta fra le azioni personali contro il fideiussore, e le reali, che gli competessero contro la debitrice [2]: non altrimenti di quanto il diritto romano statuiva in proposito; cfr. l. 51 § 3 D. XLVI, 1; 56 pr. D. XVII, 1; c. 2 C. VIII 40 (41).

[1] Cfr. sul patto commissorio apposto all'ipoteca greca nei papiri, le interessanti e originali osservazioni del prof. E. Costa, *Sul papiro fiorentino*, N. I. in *Bull. Ist. d. rom.* XIV (1902), p. 47 segg., e *Mutui ipotecarî greco-egizi* (ibid. XVII (1905), p. 98 segg.), e gli autori ivi citati.

[2] *Oxy.* II, 286 (82 d. C.), è classificato dagli editori come un contratto nel quale 'the writer thus occupied much same position which regard to the original loan

Oxy. I, 136 (583 d. C.) posteriore alla Nov. 4 (535), la quale v' è anzi ricordata con l'appellativo di νεαρὰ διάταξις (l. 38), è un lungo

as the surety in CCLXX, who was guaranted by the borrower against loss' (introduz.; cfr. introduz. a *Oxy.* II, 270). Il contenuto del papiro, nella traduzione degli editori correttissima ed accurata, è il seguente: '...(Heron) agreed that Zenarion would repay after 5 years to his mother Philumène, daughter of Heron, the 2000 drachmae of silver which Philumene *lent me and my mother Thaësis* by a contract completed trough the record office at Oxyrhynchus in Pharmuthi of the ninth year of the deified Vespasian, both the capital and the interest on it from the beginning up to the time of repayment, and would guarantee me and my mother against any trouble or liability whatsoever under penalty of paying us in full any loss or damage which we might incur in connexion with the transaction, in addition to half the amount, with the other guarantees contained in the agreement. Since Philumene is continually pressing me to repay, I have been forced to come forward, and request you to order the collector of external debts (ξενικῶν πράκτωρ. Cfr. n. 15, e introd. a *Oxy.* IV, 712) to be instructed to serve Zenarion and Heron with a copy of this memorandum, in order that they may secure us against any liability or trouble in connexion with the aforesaid debt, and may repay it, or take cognizance of the fact that, if I am made to pay anything on this account, I shall have the right of execution upon both their persons and any property wich I may find in their abodes, whether granaries or other possessions. This petition is without prejudice to other claims which I have or my have against them, and to all my legal rights. I have dispatched as my agent Heraclides, son of Heraclides, to conclude the transaction'. Segue la data.

Se lo scrivente (Tizio) potesse considerarsi come ἐγγυητής, intervenuto a favore di Heron e Zenarion nell'originario contratto di mutuo con Filumene, madre di Heron, se ne trarrebbe un'altra prova contro il *beneficium ordinis*, poichè Tizio dichiara di essere continuamente molestato dalla creditrice. Meglio gli acuti editori affermarono trattarsi di '*similar case*' a quello contenuto in *Oxy.* II, 270 (introd.), che non ritennero nell'introduzione a II, 286 che Tizio occupasse una posizione come quella del garante (vedi sopra). Infatti un rapporto di questo genere sembra contraddire alla lettera del papiro ..... ὡμολόγηκεν Ζηνάριον ἀποδώσειν μετ' ἔτη πέ[ν]τε τῇ τοῦ Ἥρωνος μητρὶ ‖ Φιλουμένῃ Ἥρωνο[ς ἃς ἐδ]α-[νεισ]εν ἡ Φιλουμένη ἐμοῖ ‖ τε καὶ τῇ μητρί μου Θ[αήσι]..... Tizio è debitore di Filumene (ἃς .... ἐμοῖ ...); il mutuo era stato fatto a lui. Dunque non era un ἐγγυητής nei rapporti del mutuo originario. Siccome poi Heron e Zenarion si sono obbligati verso Tizio, in un contratto a parte, a salvaguardarlo da ogni azione di Philumene, bisogna pensare o che il mutuo contratto da Tizio, fosse fatto in suo nome, ma in realtà a favore di Heron e Zenarion (nel qual caso neppure è da parlare di ἐγγύη di Tizio), o che in realtá il mutuo fosse in favore di Tizio, alla sua volta creditore di Heron e Zenarion, i quali, per compensazione, con un contratto speciale, si obbligano a solvere il debito alla madre.

In *B G U.* IV, 1057 è contenuto un contratto, nel quale il debitore si obbliga a tenere indenne un certo Eliodoro, che però, come risulta da lin. 15 segg., aveva assunto la obbligazione piuttosto come ἀλληλέγγυος (sebbene sia inesattamente detto ἐγγυητής); giacchè esso è obbligato solidarmente coi debitori con la solita formola: ἡ πρᾶξις ἔστω... καὶ ἐξ ἑνὸς καὶ ἐξ οὗ ἐὰν αἱρῆται.

documento, in cui il diacono Sereno, assumendo come fattore la conduzione degli stabili degli eredi di Flavio Apione, enumera minuziosamente gli obblighi suoi. Accede al contratto, come ἐγγυητής, Victor, il quale dichiara (προσομολογῶ δὲ κἀγὼ Βίκτωρ ὁ ἐγγυητής):

l. 35 ἐγγυᾶσθαι καὶ ἀναδέχεσθαι τὸν προγεγραμμένον Σερῆνον διάκονον προνοητὴν διδοῦντα | πληροῦντα τὰ τῆς αὐτοῦ ὑποδοχῆς, καὶ εἰ λοιπαδάριος φανείη ἀκολούθως τῆς αὐτοῦ πιττακίοις | οἴκοθεν καὶ ἐξ ἰδίων μοῦ διδόναι καὶ πληρῶσαι τὴν ὑμῶν ὑπερφ(ύειαν) ἀποταττόμενος | τῷ προνομίῳ τῶν ἐγγυητῶν, διαφερόντως δὲ τῇ νεαρᾷ διατάξει τῇ περὶ ἐγγυητῶν | καὶ ἀντιφωνητῶν ἐκφωνηθείσῃ, καὶ ὑπεθέμεθα ἀμφότεροι εἰς τὸ δίκαιον τοῦτου | τοῦ συναλλάγμ(ατος) πάντα ἡμῶν τὰ ὑπάρχοντα καὶ ὑπάρξοντα ἰδικῶς καὶ γενικῶς | ἐνεχύρου λόγῳ καὶ ὑποθήκης δικαίῳ.....

È qui la resistenza delle consuetudini locali che contravviene alle norme del legislatore. Invero la menzione della costituzione giustinianea dice assai più che una semplice rinunzia [1]); poichè se il *beneficium* fosse stato da lungo tempo negli usi egiziani (e in tal caso è legittimo pensare che pure in uso fossero le rinunzie) la rinunzia non dovrebb' essere in termini tali (particolare riferimento al beneficio a cui si rinunzia e alla novella che lo ha introdotto, mentre ciò avrebbe dovuto apparir superfluo se fossero stati d' uso e il *beneficium* e le rinunzie) da indurre per contrario la persuasione che il diritto nuovo fosse male compreso [2]).

[1]) Questo papiro si può esibire a riconferma della parola di Giustiniano nella Nov. 136, la quale sembra – col riconoscere valida per i banchieri, i quali non godevano del *beneficium* (Nov. 4, 3. 1), la pattuizione della rinunzia al *beneficium* (c. 1 εἴ τι γένοιτο τοιοῦτο σύμφονον ἐξέστω αὐτοῖς καὶ κατὰ πρώτου τοῦ μανδάτωρος ... καὶ κατὰ τῶν ἄλλων προσώπων χωρεῖν) - avere una portata più generale mediante la norma dichiaratavi: ἔξεστιν ἑκάστῳ τῶν δεδομένων αὐτῷ παρὰ τοῦ νόμου καταφρονεῖν. Lo stesso imperatore che ha innovato il diritto preesistente, deve tornar sui suoi passi e cedere alla consuetudine, che tendeva a concedere le più larghe garanzie al creditore.

Anche il MITTEIS. *Papyri aus Oxyrhynkos. Hermes*, XXXIV (1889), p. 106, riconosce la natura dispositiva della Nov. 4; e richiama la l. 1 D. II, 5 con la chiusa 'nisi suo privilegio specialiter fideiussor renuntiaverit' interpolata, a dimostrare che la rinunzia non era incompatibile con lo spirito del diritto giustinianeo.

[2]) Pure gli editori sagacemente affermano che la rinunzia maschera '*a mistrust of new law, which was imperfectly understood*', n. a lin. 37-39.

Un altro documento posteriore a Giustiniano che tratta di ἐγγύη, nei soliti termini, senza menzione di *beneficium*, è *Oxy.* I, 125 (160, d. C.). Nel quale un

Ancora contro l'asserzione del Brassloff si può osservare che la virtù intima della ἀλληλεγγύη o *mutua fideiussio* - un modo di obbligazione che assai spesso compare nei contratti greco-egizî [1]) - dipende, se non erriamo, dal fatto che all'ἐγγύη semplice non andò mai unito *beneficium excussionis*. Infatti come forma giuridica complessa l'ἀλληλεγγύη è posteriore certamente all'ἐγγύη semplice: ora se per quest'ultima avesse esistito *beneficium*, quale obbiettiva ed interna virtualità ne sarebbe derivata alla figura giuridica della garanzia reciproca, se i termini semplici, di cui risultava composta, eran tali da comportare che ciascuno degli obbligati fosse tenuto dopo dell'altro o in quanto non si fosse percepito dall'altro?

B) Gli argomenti esposti dal Brassloff sono di doppia specie. Il primo è ricavato da una clausola di *P. Lond.* II, 311 (149 d. C.), l'unico documento che egli esibisca e che dovrebbe quindi essere inoppugnabile; il secondo un luogo del Codice giustinianeo.

1. Thaësis, con il figlio Stotoetis suo κύριος e ἐγγυ[ητής] e insieme con altri due figli, Oro e Panephremmi, che accedono pure come garanti, mutua da Eracleia 1200 dramme al solito interesse di una dramma al mese; e si obbliga di restituirli ἀνυπερθέτ[ως] alla scadenza. Come garanzia concede ipoteca per il capitale e i frutti sovra certi suoi stabili e due schiavi, che non potrà vendere o ipotecare ulteriormente, sino alla compiuta soluzione del suo debito.

Segue il papiro [2]) a determinare la responsabilità dei garanti:

οἱ δὲ προγεγρα[μμένοι] υἱοὶ Στοτόητις
[καὶ Ὧρος καὶ Π]ανεφρέμμις ἐὰ[ν μὴ ἀποτίσῃ] ἡ μητὴρ Θαῆ[σις τὰς]
προκιμένας προθεσμία[ς] ἢ καὶ παρελκυσθέντος χρόνου
τὸν [3]) τούτου τό]κον μὴ δώ[σῃ δεῖ αὐτο]ὺς [4]) τοὺς υἱοὺ[ς] ἐκ τοῦ

certo Pambechis, assunto come ufficiale nella tesoreria dello Stato e per il quale il capo di essa aveva prestato garanzia, si obbliga verso di questi a μὴ συγχωρῆσαι τὴν σὴν αἰδεσιμότητα ὑπομεῖναι βλαβὴν ἢ ζημιαν ἢ ὄχλησιν ἢ σκυλμὸν ὑπὲρ ἐμοῦ τούτου ἕνεκεν, εἴτε ἐν δικαστηρίῳ εἴτε ἐκτὸς δικαστηρίου ‖ ἀλλ' ἀνενόχλητον αὐτὴν ποιῆσαι καὶ ἄσκυλτον καὶ ἀζήμιον καὶ ἀβλαβές (lin. 14-15): in caso che il garante dovesse rispondere egli ha obbligati i suoi beni a lui.

[1]) Vedi p. 305 segg.

[2]) Esso è riprodotto anche dal GRADENWITZ in una tavola di *Einführung in die Papyruskunde* (Leipzig, 1900), con qualche non sostanziale modificazione di lettura, accolta anche nel testo.

[3]) GRADENWITZ.

[4]) GRADENWITZ.

ἰδίου ἀπόδωσιν. ἐάν τε παρῇ ἢ ἀπῇ ἢ καὶ μὴ περιῇ
[ἡ μήτηρ ὡσαύτ]ως
γεινο[μένης τῇ Ηρα]κλείᾳ τῆ[ς π]ράξεως ἔκ τε τῆς θαήσεως καὶ τῶν προκιμένων υἱῶν
[καὶ ἐξ ὑπαρχόν]των αὐτ[οῖς πάντων κ]αθάπερ [1]) ἐγ δίκ[ης]

Il papiro si chiude con la firma degli obbligati.

La clausola esecutiva agisce sì che alla scadenza siano escussi anche i figli garanti: basta che Thaësis abbia frustrato il termine. Ma pure al Brassloff la clausola ἐὰν δέ παρῇ ἢ ἀπῇ ἢ καὶ μὴ περιῇ rivela il *beneficium excussionis* del diritto greco-egizio. Egli argomenta:

'In uno dei tre casi – presenza, assenza, morte – non devett'essere permessa la esecuzione immediata, perchè in altro modo a che servirebbe la enumerazione? Si potrebbe pensare che la morte della parte estinguesse l'obbligazione del garante: il contrario della morte è la vita e così invece di una tricotomia si avrebbe una dualità. Al caso della morte si avvicina l'altro dell'assenza: entrambi si oppongono al caso della presenza. Che in caso di assenza del debitore il garante sia liberato non può pensarsi, si deve quindi piuttosto assumere uno stato di cose per cui nel caso di presenza del debitore, il garante non è sottoposto al diretto esperimento dell'azione, nei casi di assenza e di morte l'azione resta sospesa'.

Come si vede il Brassloff architetta sapientemente, anche senza materiale, su di una espressione a cui dà un valore assoluto, nella quale è contenuta una enumerazione che rifletterebbe la varietà dei casi in cui v'ha diversità negli effetti giuridici della prestazione dell'ἐγγύη; un'espressione esatta senza alcunchè di pleonastico; ma non in modo che non sia dato scoprire la debolezza delle fondamenta destinate a sostenere troppo grave edificio. Senza dire che le conchiusioni superano la capacità della premessa e sembrano quasi suggerite dalla precoscienza dell'affermazione cui si vuol giungere; si potrebbe osservare, data la natura della prova addotta, ch'essa per provar troppo nulla prova: ma poichè da altri documenti, come vedemmo, si trae la convinzione dell'insistenza del *beneficium* – sebbene in tali casi in cui l'argomentazione non tende ad un punto adeguato alla base d'argomentazione, sia più difficile la critica – pure essa può, a mio modesto avviso,

[1]) Gradenwitz.

farsi dimostrando che l'espressione, alla quale si dà sì gran valore, altro non ne ha che non sia quello di una disposizione puramente dichiarativa del pieno ed illimitato diritto di esecuzione della creditrice in ogni possibile evento: e contro Thaësis ἐὰν παρῇ e contro i figli in caso ch'ella fosse presente o assente o morta; negando insomma un intimo valore alla clausola, un valore suo proprio e che dimostri una configurazione particolare di effetti distinti. La prova è fornita da *P. Oxy.* III, 485 (178 d. C.), nel quale il creditore, che aveva pattuito che non pagato alla scadenza avrebbe avuto in proprietà una schiava, scaduto il termine senza che il pagamento siasi a lui effettuato, si rivolge all'archidicaste perchè avvisi lo stratego di notificare alla debitrice o suoi aventi causa, che, se non sarà pagato, egli entrerà in possesso della schiava. Questo dev'esser fatto noto alla debitrice ἐὰν περιῇ, εἰ δὲ μή, κληρονόμοις [α]ὐ[τῆ]ς τελεί[σ]ις ἐὰν δὲ κα[ὶ] ἀφέλικ[ες] ὦσι, νομίμοις αὐτῶν ἐπιτρόποις, cioè se è ancora in vita, alla debitrice, se non ai figli *sui iuris*, o, se minorenni, ai loro legittimi tutori.

Di qui si deduce facilmente che la clausola (il περιῇ è più comprensivo di παρῇ e vi rientra anche il ἀπῇ) nulla aggiunge o muta alla condizione giuridica del creditore e suoi aventi causa di fronte ai debitori e loro aventi causa, ed ha un valore puramente pleonastico (perchè non è lecito pensare ch'essa fosse necessaria per stabilire la responsabilità dei figli del debitore in caso della morte di questi); o meglio, in altre parole, l'espressione alla quale si è attribuito sì grande valore probativo, non è se non una speciale e larga determinazione della responsabilità dei garanti, i quali, e si noti, saranno tenuti non solo se la debitrice ἀπῇ o μὴ περιῇ, ma ancora se παρῇ, cioè sia presente.

Nè maggior valore sembra doversi attribuire all'argomento indiretto fondato sopra la c. 6 C. VIII, 40 (41) dove '*Iure nostro* avrebbe un significato di contrapposizione al *ius* del paese del ricorrente, che dal nome sembra egiziano. È facile invero comprendere la speciosità di questo argomento, dacchè altre costituzioni contiene il titolo 40 del libro VIII del Codice e tutte affermanti il diritto di scelta del creditore (2, 3, 16, 17, 25); ed è soverchiamente arrischiato il vedere in tutte l'affermazione del principio romano contro principî diversi; mentre, d'altra parte, sarebbe ingenuo il pensare che il debitore accessorio,

convenuto, non dovesse ricorrere che in base a un incontrastato diritto, riconosciutogli dalle leggi o dalle consuetudini del suo paese.

Ma poi perchè Giustiniano, se realmente avesse avuto un modello, vigente ancora negli usi provinciali, avrebbe fatto risalire la sua legge a una grande antichità, chiamandola παλαιὸς νόμος, e l'avrebbe dichiarata τῇ χρήσει δὲ ... οὐκ ἐνευδοκιμήσαντα (Nov. 4, proem.), il che significa anche ch' essa non era in vigore a' suoi tempi?

Ancora: perchè il codificatore del diritto romano si sarebbe riferito a norme di legge non romana, tanto più ch' egli pone Papiniano, a ragione o a torto, in relazione con quella legge?

Si aggiunga un argomento di non lieve valore storico. Il Revillout da' suoi studi sui papiri demotici giunse a conchiudere che il sistema delle garanzie personali fu straniero al diritto indigeno egizio [1]):

[1]) *Les obligations en droit Égyptien* (Paris, 1886), p. 183; *Précis de droit égyptien* (Paris, 1902), II, 1232. Pure l'uso del βεβαιωτής o terzo garante degli obblighi del venditore, nella vendita, del diritto greco (MITTEIS, op. cit. p. 503 seg.; WESSELY ad *CPR.* I. n. 1; cfr. anche DENISSE in *Nouv. rev. histor.* XVI (1902), pp. 685-86), sembra non essere entrato nelle consuetudini giuridiche del paese: la garanzia d'evizione è prestata dallo stesso venditore, il quale è come βηβαιωτής di se stesso (MITTEIS, 365). Conformemente, del resto, ad Atene, nel tempo classico, caduto in desuetudine l'uso del βεβαιωτής, è il venditore stesso che promette la βεβαίωσις. SZANTO, *Hypothek u. Scheinkauf im griechischen Rechte. Wien. Stud.* IX (1887), p. 289 segg. BEASLEY, op. cit. p. 33. Secondo i principî romani (cfr. GIRARD in *Nouv. rev. hist.* VI (1882), p. 180 segg.) non era elemento essenziale, nella vendita, l'*auctor secundus* (es. in BRUNS, *Fontes* [6], pp. 289, 290; 4 D. XXI. 2; 12 C. IV, 38. La Nov. 4 c. 1 estende il *beneficium ordinis* al βεβαιωτής).

Cade qui in acconcio di fare un'osservazione a WILCKEN, *Griech. Ostr.* I, 553. A proposito di *P. Par.* 62, II, 7 segg. gli sembra che i σύμβολα dei garanti non solo contengano la determinazione della somma per la quale essi si obbligano con vincolo ipotecario: [ὁ]σα [ἐπὶ ? τῶν ὑ]ποδηκῶν ἔστιν; ma anche vi si dichiarino come intervenuti τίνες ο[ἱ] βεβαιωτ(αὶ) καὶ ὅσας ἕκαστ]οι εἰς τὴν βεβαίωσιν ὑποδήκας [....] δεδώκασιν. E nega che qui βεβαιωτία siano gli stessi garanti, non essendo probabile lo scambio di un termine tecnico come questo, che designa il garante d'evizione; onde intende piuttosto βεβαιωταί colui che garantisce con ipoteche le ipoteche dell' ἐγγυητής. Senza entrare nel merito della questione, osserviamo però che mentre secondo la giusta osservazione del MITTEIS la garanzia d'evizione nella vendita era prestata dallo stesso venditore e in tal caso il βεβαιωτής non era un garante che accedeva alla vendita, come nel significato tecnico dovrebb'essere (onde non può recar meraviglia che βεβαιωτής potesse esser detto il garante che garentisce i pegni costituiti: cfr. una βεβαίωσις dell'ipoteca, promessa dallo stesso ipotecante in *Oxy.* III. 506 (143 d. C.), d'altra parte βεβαιωτής nel senso di ἐγγυητής o *fidetussor* è usato anche da Scevola nella l. 34 § 1 D. XX. 1: Δανεισάμενος παρὰ σοῦ δηνάρια πεντακόσια παρεκάλεσά σε μὴ βεβαιωτήν ἀλλ' ὑποδήκην παρ' ἐμοῦ λαβεῖν .....

ond'è più che legittimo l'affermare l'origine greca della ἐγγύη greco-egizia. La quale si svolge con i suoi caratteri originari, fra cui non era quello della sussidiarietà (cfr. pag. 266), sotto l'influenza di un diritto che nè pure riconosceva il carattere sussidiario (cfr. pag. 270). Nè - se è esatta l'osservazione del Revillout - i caratteri greci dell'ἐγγύη poterono subir l'azione del diritto indigeno egizio.

Con ciò non è negato che il fideiussore potesse limitare le proprie responsabilità o anche stabilire una priorità d'escussione del debitore, ciò ch'era ammesso anche dal diritto romano (cfr. rispettivamente 63, 19 § 2, 54 D. XLVI, 1; 16 § 6 D. XLVI, 1; 19 C. VIII, 40 (41)); sebbene i papiri che trattano di ἐγγύη dimostrino nelle loro disposizioni una prassi tendente a concedere le maggiori e più strette garanzie al creditore [1]).

[1]) Caduta così la base fondamentale delle ricerche del Brassloff, è scossa conseguentemente anche l'altra indagine ch'egli imprende per fissare il carattere delle παραστάσεις, di cui ricca serie è conservata nelle collezioni, e che si presentano, a veduta del Wenger, come assunzioni di garanzia, dinanzi al magistrato per la comparizione del *reus*. Esse presentano i caratteri, che, secondo la prima ipotesi del Lenel (*Das Edictum perpetuum*, p. 54), concorrevano a costituire l'obbligazione del *vindex* romano; onde è porto al Wenger il destro di risollevare le sorti di quella dottrina, abbandonata dallo stesso suo autore (Lenel, *L'édit perpétuel*, p. 74 segg.). Qual grado di sicurezza abbiano gli acuti ravvicinamenti del Wenger non è facile dire, dacchè dovrebbe prima risolversi se il *vindex* romano si obbligava direttamente dinanzi al magistrato o nella forma della stipulazione (*vadimonium*) con l'attore. È sintomatico però che l'opinione già espressa da un erudito conoscitore degli istituti romanistici, come il Lenel, abbia trovato in nuovi materiali una possibilità di conferma positiva.

Ad ogni modo, non con gli argomenti - pur diligentemente elaborati dal Brassloff - si può negare la qualifica di '*Vindexartige*' data dal Wenger alle παραστάσεις. Perchè essi *partono dal presupposto dell'esistenza del beneficio* nel diritto egizio, per arrivare a conchiudere che le παραστάσεις mascherano l'obbligazione assunta dinanzi al magistrato, dal fideiussore, in caso d'assenza del debitore principale, o di esibirlo o, in mancanza, di solvere l'obbligazione. Non diversamente da quanto stabilisce la Novella 4. Non è qui il caso d'imprendere una critica minuta, tanto più se non è stata vana la critica delle fondamenta. Lo stesso Wenger ha già opposto (*rec. cit.* loc. cit. p. 614) che le caratteristiche formali delle παραστάσεις non corrispondono alle norme giustinianee, secondo le quali il termine della presentazione non è indeterminato, ma stabilito espressamente dal giudice.

Del resto *BGU.* III, 936 (Brassloff, 62 cfr. 30-31) è stato con esattezza interpretato dal Wenger; *BGU.* 891 verso porge al Brassloff argomento contro il Wenger perchè contravviene alla norma che ciascun convenuto deve dare un *vindex*; mentre vi occorrono tre ἐγγυηταί per quattro *rei*. Ma gli è sfuggita la

Ψ

3. Tolta così la possibilità che a Giustiniano il *beneficium excussionis* fosse suggerito dal diritto provinciale greco-egizio, resta ancora aperta la ricerca di quel νόμος παλαιός, che, sebbene incompiuto e manchevole (ἀδιάκριτος), pur nondimeno sarebbe esistito nell' antico diritto di Roma. Tutte le ipotesi formulate per scoprirlo hanno naufragato di fronte all' inesorabile ed assoluto silenzio delle fonti giuridiche ed extragiuridiche.

Cuiacio pensò che dovesse risalirsi fino alle XII tavole, ma a scartare questa ipotesi basta osservare che in quei tempi di formazione giuridica la *sponsio* - chè ancora non era sorta la *fideiussio* - dovea conservare i rigidi caratteri derivanti dalla sua forma, che costituiva di fronte al creditore una obbligazione dello stesso grado di quella del *reus* [1]).

Altri ricorsero a passi di Quintiliano, con non maggiore fortuna [2]); altri ancora, forse più vicini al vero, negarono, per l' assoluta defi-

l. 4 D. II, 6, la quale (sotto la rubrica: in ius vocati ut eant aut *vindicem* dent (in luogo di 'satis vel cautum dent') dispone: *Qui duos homines in iudicio sisti promiserit*, si alterum exibet, alterum non, ex promissione non videtur eos stetisse cum alter eorum non sit exibitus). Quanto a *Amh.* 139 (p. 63, cfr. 30) esso contiene e una ἐγγύη e una παράστασις ἐξ ἀλληλεγγύης (cfr. *P. Goospeed.* XIV (343 d. C.)). Si ricordano qui ancora due esempi di παραστάσεις n. 34 (342 d. C.), n. 8 (136/8 d. C.) contenute nei *Papiri fiorentini*, l' intrapresa pubblicazione dei quali trae lieti auspici dalle cure generose e sapienti di G. Vitelli.

Il secondo di essi presenta una formola diversa dalle conosciute, sebbene, nel fondo, vi corrisponda. L' ἐγγυητής afferma: ...ἐὰν δὲ μὴ [πα]ραστήσω ‖..... λήμψομαι τὴν ἐνγύην (lin. 7-9); la quale espressione maschera, almeno a mio avviso: ἐκβιβάσω τὰ πρὸς τὸν ἐγγυόμενον ἐπιζητούμενα dei papiri noti (cfr. Wenger, op. cit. passim).

[1]) *Expositio Novell.* ad *Nov. 4* (ed. veneta, II, col. 904 B). Cita a sostegno Cic. *Ep. ad. Attic.* XII, 14, 17; XVI, 12, 15. Senza dire la critica del Balduino, il quale obbiettava a Cuiacio l'opinione di Quinto M. Scevòla, rilevata dalla l. 48 D. XVII, 1, e senza ripetere le ragioni, onde la critica moderna non ravvisa in quei passi argomenti probanti (Girtanner, op. cit. pp. 120-123 e, ripetendo le osservazioni del Girtanner, l'Appleton, *Étude sur les sponsores, fidepromissores et fideiussores. Rev. de législ. anc. et mod.* VI (1876), 578-580), parmi che si possa esibire, ciò che non vedo fatto, per affermare la *libera electio* ai tempi di Cicerone, *pro Flacco*, 20; dove un Ermippo, fideiussore di certo Eraclide presso i Fufii, per un mutuo, ritornato in patria, è da costoro richiesto del pagamento. Ermippo chiede ad Eraclide, ma intanto paga ai Fufii.

[2]) *Declam.* 273. Cfr. gli autori citati nella n. precedente.

cienza di materiale, su cui costruire un'opinione positiva, che tale legge abbia mai esistito [1]).

Anche prescindendo dalla ricerca erudita e storica nelle fonti estragiuridiche, la dommatica romana della originaria *fideiussio* dovette opporsi di per sè alla concessione di un *beneficium ordinis*. Sorta su figure giuridiche *stricti iuris* ne ereditò i caratteri; l'effetto consuntivo della contestazione di lite è sintomatico per un ravvicinamento alla correalità: la *libera electio* si presentava logica, dato l'originario sorgere contemporaneo di due obbligazioni: un *beneficium ordinis* concesso dalla legge avrebbe impedito la *libera electio*, che trovava nelle origini stesse della *fideiussio* stipulata la ragione più forte della sua conferma.

Il Girtanner [2]) pensa piuttosto a un νόμος riferentesi ai *mandatores pecuniae credendae*. Ma qual legge avrebbe potuto essere più forte della costruzione stessa del mandato ordinario romano, per cui l'obbligo del mandante verso il mandatario è sussidiario perchè limitato ai danni dell'esecuzione del mandato? E la giurisprudenza, in luogo di riconoscere codesta sussidiarietà, estese al mandato di credito le norme della fideiussione, affermando la *libera electio* del creditore [3]).

L'Appleton [4]), esumando un'ipotesi del Puchta [5]) propende a richiamare la *fideiussio indemnitatis*, perchè la sua struttura apparve tale a Paolo nelle sue note a Papiniano [6]) da richiedere la preventiva escussione del debitore principale, dovendosi da essa determinare l'*id quod a debitore servari non potuerit*. Se non che è ovvio il riflettere come questo modo di garanzia era *una* forma particolare, che anzi costituiva una eccezione alla *fideiussio* normale; onde non è a parlarsi di νόμος che istituisse la sussidiarietà della obbligazione. Non è insomma che la legge, per un *beneficium*, riconosca al fideius-

[1]) Connanus, *Comm. iur. civ.* IV, c. 7 § 9; Balduinus, *Comm. ad Nov.* 4: Iustinianus ne videatur omnino ius novum edere praefatur aliquam olim legem eius generis fuisse. Cfr. Glück, *Einführung* ... XVIII, p. 360 segg. § 1084 (trad. Ascoli, 128 segg.)

[2]) Op. cit. p. 124.

[3]) Cfr. p. 283.

[4]) Op. cit. p. 575 segg.

[5]) *Inst.* III, § 264.

[6]) 116 D. XLV, 1.

sore il diritto di essere escusso dopo il *reus*: la posteriore escussione è nella *fideiussio indemnitatis* espressamente stipulata. E poi non era in sè incontrovertibile l'opinione di Paolo, dacchè nello stesso Digesto è conservato un passo di Celso (42 D. XII: 4), che conferma al creditore la *libera electio* anche in caso di *fideiussio indemnitatis*.

Non trattandosi quindi di una legge che mutasse il grado dell'obbligazione del fideiussore, meglio è richiamare – anche come più antica - la norma giulianea in:

L. 16 § 6 D. XLVI, 1 (Iulianus, *libro LIII digestorum*): « Cum fideiussor hoc modo acceptus esset: 'si reus quadraginta, quae ei credidi, non solverit, fide tua esse iubes'? verisimile est id actum, ut cum appellatus reus non solvisset, fideiussor teneretur. sed et si reus, antequam appellaretur, decessisset, fideiussor obligatus erit, quia hoc quoque casu verum est reum non solvisse ».

Cfr: c. 19 C. VIII, 40 (41) (*Diocletianus et Maximianus AA et CC Sabiniano*, a. D. 293): « Si alienam reo principaliter constituto obligationem suscepisti vel fideiussorio sive mandatorio vel quocumque alieno nomine pro debitore intercessisti, non posse urgueri creditorem eum qui mutuam accepit pecuniam quam te convenire, scire debueras, cum *si hoc initio contractus specialiter non placuit*, habeat liberam electionem ».

Con simili stipulazioni – della cui possibilità, contraria per vero alla originaria costruzione, facilmente si trova ragione nel prevalere del riconoscimento della volontà nei contratti - il fideiussore godeva, praticamente, di un vero e proprio *beneficium ordinis*.

Che poi non incontrassero il generale favore, e non fossero quindi di uso comune, è nella ragione stessa del rapporto di credito, nel quale il creditore mira alla più pronta e sicura garanzia (gli era tolta la possibilità di agire direttamente contro il garante quando questi apparisse, ad es., più solvibile del debitore). Donde la necessità, compresa da Giustiniano, di proclamare, come norma intrinseca della fideiussione, il beneficio per legge [1]).

[1]) Ma poi, anche Giustiniano nella Nov. 116 (cfr. p. 295, n. 1) ammette la rinunzia. Si sono invertiti i termini. Ai tempi della giurisprudenza, per legge esisteva la *libera electio*, e per volontà dei contraenti poteva stabilirsi l'obbligo sussidiario; dopo la Nov. 4 la legge sanziona il beneficio, che la volontà dei contraenti può negare con una clausola di rinunzia nel contratto.

Quanto alla incompletezza avvisata da Giustiniano nella introduzione alla Nov. 4, essa risiederebbe: *a*) nell'obbligo del fideiussore di rispondere, avvenuta la morte del debitore *antequam appellaretur*, mentre il *beneficium* vero e proprio si estende al fideiussore anche di fronte agli eredi del debitore; *b*) nella mancanza della regolazione del caso d'assenza, che neanche è proposto. Del resto di Papiniano - il nome del quale è richiamato a questo proposito: οὐδὲ γάρ ἦν τις ἐνταῦθα τῷ παλαιῷ νόμῳ διωρισμένη πρὸς θεράπειαν μέθοδος, καίτοι Παπινιανὸς ὁ μέγας ἦν ὁ ταῦτα πρῶτος ὑφηγησάμενος (Nov. 4, c. 1) - nessun frammento si conserva nelle Pandette, non solo connesso con il caso d'assenza ma anche con il *beneficium* [1]). La versione della Vulgata non è esatta' rendendo καίτοι..... ὑφηγησάμενος con: ' cum utique Papinianus maximus fuerit qui haec primus introduxit '. Così si attribuisce al giureconsulto non solo la risoluzione dell' ipotesi dell'assenza, ma ancora l' introduzione del beneficio nella regolazione giuridica dell' istituto; ciò che è contrario alle idee generali espresse da lui. Si comprende quindi l' inutile sforzo di una vana ricerca.

Più esattamente è reso il luogo dallo Schoell: ' tametsi magnus ille Papinianus haec primus *demonstraverit* [2]) (Kriegel *docuerit*) '. In tal modo è lecito pensare che si trattasse di una critica realmente fatta da Papiniano, ma in senso puramente dottrinale, non applicata alla pratica dei rapporti, in cui vigeva, per la fideiussione la regola della *libera electio*, e quindi non potevano verosimilmente esistere speciali regole per gli obblighi del fideiussore in caso d'assenza del debitore principale.

Nella ipotesi citata da noi per essere la obbligazione del fideiussore sottoposta a condizione sospensiva (come del resto anche in caso di *fideiussio indemnitatis*) resta sospeso - in relazione alla non esistenza della *libera electio* - l'effetto consuntivo della contestazione di lite, come quello, che sarebbe, per di più, in aperta contraddizione con la volontà delle parti, espressa nella stipulazione [3]).

[1]) Cfr. ad es. 56 pr. D. XXVII, 1 (*lib. III, respons.*). Qui mutuam pecuniam dari mandavit omisso reo promittendi et pignoribus non distractis eligi potest.....

[2]) Vedi STEPH. *Thes.* alla voce ὑφηγέομαι.

[3]) Quanto al *beneficium excussionis personalis*, introdotto dal cap. 2 della Nov. 4 (al quale sembrerebbe estendersi la portata del παλαιὸς νόμος giustinianeo (cfr. in fine)), non si può invocare la c. 10 C. VIII, 13 (290 d. C.). L' opinione de DERNBURG (*Röm. Pfand.* II, 377 segg.) che ivi si abbia un caso di beneficio d'escus-

E a questi casi deve estendersi l'accenno di Giustiniano in c 28 C. VIII, 40 (41)

✠

Ἀλληλεγγύη ha il suo corrispondente romano in *mutua fideiussio* Tale forma d'obbligazione appare - prevalentemente in contratti di locazione e di mutuo - quando due o più persone assumono in comune una prestazione, o quando un affare è conchiuso in beneficio di tutti coloro che si obbligano; donde potrebbe desumersi che la partecipazione diretta e comune degli obbligati fosse la causa della costituzione di tale vincolo giuridico.

Quasi sempre essa è assunta nel corpo stesso del documento del contratto con la semplice menzione che gli obbligati sono tali ἐξ ἀλληλεγγύης o sono ἀλλήλων ἔγγυοι.

I papiri che vi si riferiscono sono, per quanto ci è noto, i seguenti:

Locazione. *BGU.* I, 197 (17 d. C.); *CPR.* 242 (40 d. C.); *BGU.* II, 591 (56-57 d. C.); *Lond.* II, 163 pag. 182 (88 d. C.); *BGU.* II, 538 100 d. C.); *Oxy.* III, 500 (130 d. C.), IV, 729 (137 d. C.); *BGU.* III, 916 (117-136 d. C.); *Lond.* II, 338, pag. 188 (142 d. C.); *Amh.* II, 90 (159 d. C.); *BGU.* I, 85, 1 (137-161 d. C.), II, 603 (167-169 d. C.), I, 217 r (II-III sec. d. C.); *CPR.* 32 (218 d. C.); *Oxy.* I, 103 (316 d. C.); *BGU.* III, 938 (IV sec. d. C.); *Lond.* I, 113, 5 *b*, pag. 211 (543 d. C.); 113, 4, pag. 209 (595 d. C.).

Mutuo. *Grenf.* I, 18 (132 a. C.), 20 (127 a. C.), II, 18 (127 a. C.); *P. Reinach*, 8, (113-112 a. C.), 16 (109 a C.); *Amh.* II, 50 (106 a. C.); *P. Reinach*, 26 (104 a. C.);

sione personale rispetto all'azione da intentarsi contro i terzi possessori, a ragione è stata criticata dal Mitteis (ad *CPR.* n. 19, p. 89 segg.), poichè per l'identità, desunta da necessità sintattica del passo, dei possessori della cosa ipotecata e dei debitori ipotecari, il significato della costituzione è che ai debitori è concesso un termine prima della contestazione della lite.

Un caso invece, in cui il terzo possessore dell'immobile ipotecato, è tenuto dopo l'esperimento delle azioni personali è nella l. 47 pr. D. XLIX, 14, in materia de' diritti del fisco (Paulus, *l. 1 decretorum*) decisione dovuta all'equità di A. Severo (aequum putavit imperator). Cfr. pure la l. 5 § 3 D. L, 8.

Grenf. II, 27 (103 a. C.); *BGU.* IV, 1053 (13 a. C.), 1057 (13 a. C.); *BGU.* III, 911 (18-19 d. C.), III, 713 (41-42 d. C.); III, 910, 2 (71 d C.), III, 664 (I sec. d. C.); *Lond.* II, 336, pag. 221 (143 d. C.); *Oxy.* III, 506 (143 d. C.); *BGU.* III, 702 (151 d. C.), III, 853 (II sec. d. C.); *Gen.* I, 43 (226 d. C.); *Oxy.* IV, 712 (fine II sec. d. C.); *BGU.* II, 369 (531 d. C.), III, 736 (544? d. C.), III, 837 (609 d. C.), III, 725 (615 d. C.), II, 668 (biz.), II, 363 (biz.); *Amh.* II, 151 (610-644 d. C.).

DEPOSITO. *BGU.* III, 856 (106 d. C.).

COMPRA-VENDITA (di grano) *Tebt.* I, 109 (93 a C.); βεβαίωσις *CPR* I, 223 (tempo di Traiano).

Nel diritto greco la formola designante l'obbligo solidale si esprime con la πρᾶξις ἔκ τε αὐτῶν τῶν δανεισαμένων | καὶ ἐκ τῶν ἐγγύων καὶ ἑξ ἑνὸς | καὶ ἐκ πλειόνων καὶ ἐκ πάντων καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῖς πραττούσηι ὃν ἂν τρόπον βούλεται.[1]) Nel diritto tolemaico essa è leggermente modificata, con una ancor più speciale determinazione del diritto di scelta del creditore: ἡ δὲ πρᾶξις ἔστω | ἐκ τῶν δεδανεισμένων | καὶ ἐξ ἑνὸς καὶ ἑκάστου αὐτῶν | καὶ ἐξ οὗ ἐὰν αἱρῆται, καὶ ἐκ τῶν | ὑπαρχόντων αὐτοῖς πάντων | καθάπερ ἐγ δίκης. *Grenf.* II, 18 lin. 22 segg. Ead. *Grenf.* I, 18 lin. 24 segg., 20 lin. 15 segg.; *Amh.* II, 50 lin. 23 (καὶ ὁποτέρου οὖ ἂν βούληται...); *Grenf.* II, 27 lin. 21 segg.; *Tebt.* I, 109 lin. 126 segg.

Nel periodo romano essa è ancora lievemente mutata conservandosi solo la menzione del diritto di scelta: τῆς πράξεω[ς οὔσης] ἐ[κ τῶ]ν ὁμολογοῦντων, καὶ ἐξ οὗ ἐὰν αὐτῶ[ν α]ἱρῆται καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχ..... *Gen.* I, 43, lin. 15. Ead. *Oxy.* III, 506, lin. 46 segg.; IV, 729 lin. 21; *Lond.* II, 336 (pag. 221) lin. 20 segg. Cfr. *BGU.* IV, 1053 lin. 42; 1057 lin. 15.

In tutti questi papiri la πρᾶξις sussegue alla dichiarazione che i debitori sono ἔγγυοι ἀλλήλων εἰς ἔκτισιν o ἀλληλέγγυοι εἰς ἔκτισιν (*Oxy.* III, 506, IV, 729; ἐξ ἀλληλεγγύης *Gen.* I, 43). Onde si può affermare che quando l'obbligazione è assunta ἐξ ἀλληλεγγύης, e quindi al cre-

[1]) DARESTE-HAUSSOULIER-REINACH. *Rec. des inscript. jurid. grécq.* I, 14 (p. 282, lin. 103 segg.). Cfr. ancora, *ibid.* I, 7 (p. 68) l. 31, un caso in cui i πρατῆρες d'una vendita si obbligano καὶ μέσῳ πά[ντες καὶ χωρὶς ἕκαστος π]αντὸς τοῦ ἀργυρίου; PS. DEMOSTH. *c. Dionysod.* § 45 (τὴν πρᾶξιν εἶναι καὶ ἐξ ἑνὸς καὶ ἐξ ἀμφοῖν). Altri luoghi veggansi in MITTEIS, op. cit. p. 183[3]; BEAUCHET, op. cit. IV, 486 segg.

ditore il diritto di rivolgersi contro gli obbligati deriva dalla stessa conformazione di quella, la concomitante πρᾶξις, pure contenendo la designazione del diritto di scelta del creditore, deve considerarsi come mezzo più pronto ed efficace per ottenere la esecuzione degli obblighi assunti ἀλληλεγγύως.

Ancora sembraci che non possa accettarsi la ipotesi del Mitteis, *Reichsrecht u. Volksrecht* pag. 183, che la più antica espressione greca: ἡ πρᾶξις ἔστω.... si mutasse nell'altra ἐξ ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν, perchè questa più si confaceva al concetto romano della correalità, mentre quella meglio sembrava riferirsi a semplice solidalità[1]). L'introduzione infatti della nuova formola è indipendente da qualsiasi azione del diritto romano e dei concetti romani, essendo impossibile retrotrarla al II secolo avanti Cristo, tempo, in cui la forma ἐξ ἀλληλεγγύης ὁμολογεῖν è già d'uso comune nei contratti (cfr. *Grenf.* I, 18 (132 a. C.); e gli altri papiri citati a pag. 305 sotto 'mutuo'[2]).

Un documento solo ci conserva più speciali determinazioni sul modo di contrarre l'ἀλληλεγγύη: *BGU.* III, 853 (II sec. d. C.) che esibisce la chiusa di un contratto, e precisamente la parte che contiene le sottoscrizioni degli obbligati:

Παμύστης Μύσθου καὶ Ἀπύγχι[ς] Πανεφρ[έμμεως]
καὶ Σαταβοῦς Πτο[λε]μαίου καὶ Παν[ύ]σις Παν[εφρέμμεως]
οἱ δ⁻ ἀλλήλων ἐν[γ]ύοις εἰς ἔκτισιν ἔχω
καὶ ἀποδώσ⁰ τὰς τῆς χρήσεως κεφαλαίου ἀργυρίου
δραχμὰς πεντακοσ[ίας] εἴκοσι τέσσαρες.....

A questa dichiarazione collettiva di debito con la designazione del vincolo che lega gli obbligati (οἱ δ⁻ ἀλλήλων ἔνγυοι...), seguono le

[1]) Der griechische Ausdruck der älteren Zeit: ἡ πρᾶξις....., scheint der römischen Fassung nicht mehr entsprochen zu haben; vielleicht desshalb, weil sie eher auf einfache Solidarität hinzudeuten schien. Sie (sc. die Correalitätsclausel) wird jetzt ersetzt durch das ἀλληλεγγύως ὁμολογεῖν.....

Che però la *mutua fideiussio* non sia da identificarsi con l'obbligazione correale, vedi nel testo.

[2]) Il problema delle origini ne resta quindi insoluto. Neppure dai lessici si trae qualche sussidio. In Esych. (Schmidt), *Lex.* (= Bekker, *Anecd.* 376. 2) non si ha che: ἀλληλέγγυον· ἡ ἐξ ἀμφοτέρων πίστις. Lo Stephanus (*Thes.* h. v.) non riporta esempi greci antichi, e si limita a citazioni del Budaeus riferentisi alla *Nov.* 99, e alla prassi bizantina: nè meglio offre il Sophocles (*Greek Lex. of the rom. and byz. periods*) che cita un passo di G. Cedrenus, II, 466; il quale ricorda un tributo, portante quel nome, cui sottostavano i possessori di fondi in luogo dei poveri.

firme con la dichiarazione di ciascuno di essere tenuto nel pagamento dell'intero:

lin. 13, Ἀπύγχις Πανεφρέμμεος ἔχω καὶ συναποδώσω [1])
.[.]. κιησ [..] ἀργυρ(ίου) δραχμὰς πεντακοσίας
ε[ἴκο]σι τέσ[σ]αρες καὶ τοὺς [δρ]αχμαί[ους τόκο]υς
ὡ[ς π]ρόκιται. (Πα)κῦσις Π[α]νεφρέμ[μ]εως ἔχω κ[αὶ συ]να[π]ο-
δώσω ἐξ ἀλληλενγύας τ[ά]ς τῆς χρήσεως δραχμὰς
πεντακοσίας εἴκοσι [τ]έσσαρε[ς] καὶ τοὺς δραχμαίους
τόκους καθὼς [πρ]όκιται.

Il carattere di mutuità del rapporto di garanzia (e quindi per il solido dell'obbligazione) è dato nuovamente dalla espressione ἀλλήλων ἔγγυοι, giacchè la determinazione degli obblighi non compare, come si aspetterebbe, in una forma esteriore di reciproca ἐγγύη; tale cioè che ciascuno dei debitori si dichiari ἐγγυητής dell'altro e questi di quello.

Nè oserei affermare che così si contraesse validamente la *mutua fideiussio* anche per diritto romano e non piuttosto nella forma espressa di una fideiussione reciproca. Certo è che ai tempi di Papiniano essa era un istituto giuridico già riconosciuto: l. 11 D. XLV, 2.

> 'Reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi convenit. Reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est), poterit eundem ut principalem reum, item qui fideiussor pro altero extitit, in partes convenire, non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret'.

L'inizio di questo passo altro non significa se non questo, che validamente e non inutilmente si può costituire un'obbligazione con pluralità di soggetti passivi, mediante *mutua fideiussio*: si tratta semplicemente dell'attestazione dell'avvenuto riconoscimento di un istituto giuridico, già d'uso comune nei diritti di origine greca.

[1]) Il συναποδώσω apposto, come si vede, da ciascuno dei debitori, quasi farebbe supporre che essi godessero di un beneficio di divisione, per il quale dovessero, insieme, συναποδιδόναι. Ora il dubbio non può con certezza risolversi affermativamente perchè συναποδιδόναι, così solo, può anche mascherare, in luogo di una divisione concessa dalla legge, uno stato di cose per cui il debitore unico, scelto per l'escussione, riceverà dagli altri condebitori le quote di debito loro spettanti.

L'avere poi questo istituto effetti pratici simili a quelli derivanti dalla correalità senza però identificarsi con essa, spiega come nella fine del passo sia usato *duo rei promittendi* con evidente significato di contrapposizione. Del resto che si tratti della semplice affermazione della validità del nuovo istituto, anche senza pensare che si abbiano nei *rei promittendi* due debitori *pro parte*, che si obbligano con mutua fideiussione, come pensa col Dedekind [1]) il Wangerow [2]); o che a un rapporto di correalità aderisca poi l'altro rapporto obbligatorio, come riconferma il Mitteis [3]), è dimostrato anche dal seguito del passo che ne spiega una particolarità caratteristica - la più nuova e interessante per il giurista - cioè il diritto del creditore di agire *pro parte* contro la stessa persona e come *reus* e come fideiussore dell'altro debitore.

Quanto a '*non inutiliter*' non solo si riferisce, come sembra potersi accettare con il Mitteis [4]), alla improponibilità della *exceptio litis dividuae* (cfr. Gai. IV, 122) che il debitore avrebbe potuto opporre al creditore quando '*intra eiusdem praeturam*' fosse stato impetito due volte per lo stesso titolo *in partes*; ma ancora e più designa la *utilitas*, che derivava dalla stessa costituzione della *mutua fideiussio*, specialmente in rispetto al debitore, che avendo soluto l'intero, poteva agire con l'*actio mandati contraria* - quasi azione di regresso – contro il condebitore, per il quale aveva pure pagato (arg. da l. 6 § 2 D. XVII, 1); mentre avrebbe potuto eventualmente compensare quanto il creditore dovesse all'altro, in base a l. 4 e 5 D. XVI, 2, che ammette a favore del fideiussore la compensazione di quanto è dovuto al reo.

Già da questi particolari si argomenta una diversità - riconosciuta dal diritto – dell'ἀλληλεγγύη dalle obbligazioni correali: ciò che

[1]) *De except. divis.* (Gotting, 1853), p. 154 segg.

[2]) *Pandekt* [7], III, 83 (§ 573).

[3]) *Die Individualisirung der Obligation* (Wien, 1886), p. 69.

[4]) Sebbene non riesca chiara la portata reale e pratica di questa '*utilitas*'. Invero, data specialmente l'ipotesi accettata dal MITTEIS che si tratti di due *correi debendi*, quale utile poteva derivare al creditore nell'impetire due volte *in partes* (e quindi per l'intero) lo *stesso* debitore, al quale poteva addirittura chiedere il solido come reo e come fideiussore; mentre dippiù il creditore poteva anche - per sottrarsi agli effetti della *lis dividua*, dividere l'azione fra i due debitori o i due fideiussori o fra un reo e un fideiussore [non esistendo beneficio d'escussione]?

si desume ancora: *a*) dalla chiusa del passo papinianeo (*non secus ac .....*), perchè, se è possibile un paragone, è presupposta una differenza [1]). *b*) La obbligazione correale per la unicità del vincolo obbligatorio risultante dall'unicità dell'atto costitutivo, differisce profondamente per questo rispetto dalla mutua fideiussione, la quale non poteva non riflettere le particolarità derivanti dalla forma della prestazione (dualità o pluralità d'atti costitutivi donde non derivava unicità di vincolo d'obbligazione); sì che per quanto concerne gli effetti giuridici, essi non possono convenire con quelli derivanti dall'obbligazione correale, appunto perchè debbesi tener conto di quelli derivanti dal doppio rapporto di fideiussione [2]).

Con questi criteri differenzianti si può comprendere la reale portata della Nov. 99. La quale dispone che gli obbligati ἀλληλεγγύως siano tenuti *pro parte*, e che, se pure siansi obbligati in solido, debba dividersi l'obbligazione ognorachè i debitori siano presenti e solvibili (εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς, εἰ μὲν μὴ προστεθείη τὸ δεῖν καὶ ἕνα τούτων εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεσθαι, πάντας ἐξ ἴσου τὴν ἀγωγὴν ὑφίστασθαι. εἰ δὲ καί τι τοιοῦτο προστεθείη, φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον, οὐκ εὐθὺς μέντοι τὴν ἀρχὴν ἕκαστον ὁλόκληρον ἀπαιτεῖσθαι, ἀλλὰ τέως μὲν κατὰ τὴν μοῖραν καθ' ἣν ἕκαστος ἐνέχεται, χωρεῖν δὲ αὐτὸν καὶ κατὰ τῶν

[1]) Ancora un argomento in favore della distinzione fra ἀλληλεγγύη e correalità nel diritto giustinianeo, si trae da Bas. XLIII. 3. 11, dove, nel luogo corrispondente al passo papinianeo 11. D. 45. 2, la espressione ἀλλήλους ἐγγυᾶσθαι è usata in un senso proprio e diverso da *duo rei*: καὶ ὅτι δύνανται οἱ δύο ἐναγόμενοι ἀλλήλους ἐγγυᾶσθαι.... Dove una prova più evidente?

[2]) Ad es. è ammessa nella correalità l'assunzione dell'obbligazione *pure* da parte di un *reus*, *sub conditione* da parte dell'altro (4 D. XLV, 2), mentre il fideiussore non può obbligarsi *pure* se il reo è obbligato sotto condizione (8 §§ 6, 7, D. XLVI, 1): così la mora di un *reus* non nuoce all'altro, perchè è obbligato *suo nomine* (32 § 4 D. XXII, 1), mentre il fideiussore, obbligato *nomine alieno* ne risponde (24 § 1 D. XXII, 1); così ancora la colpa e il dolo di un *reus* nuoce agli altri (18 D. XLV, 2), la colpa o il dolo del fideiussore non nuocciono per contro al debitore principale. Qualora si ammettesse l'identità dell'obbligazione correale con la fideiussione mutua si ammetterebbero implicitamente contraddizioni interne in questo istituto. A ha obbligati B e C in modo che B sia fideiussore di C e C di B. Se essi si considerassero anche come debitori correali, la interna contraddizione derivante dalle or ora accennate differenze, sarebbe evidente; perchè ciascuno è pure un fideiussore, al quale debbono applicarsi le norme della fideiussione e non quelle della correalità.

Onde bene, a nostro avviso, il Ferrini affermò la diversità tra ἀλληλεγγύη e obbligazione correale (*Enciclop. giur. ital.* XII, p. 430; *Pand.* p. 560).

ὑπολοίπων, εἴ γε καὶ εὔποροι καθεστᾶσι καὶ ἐνδημοῦσι. c. 1) in caso d'assenza o d'insolvibilità l'onere spetta agli altri [1]).

Una opinione, già da tempo dominante, ritiene che la Novella si riferisca alla correalità; e che quindi, a partire da essa, i correi abbiano goduto del beneficio di divisione [2]); anzi tale dottrina sembra accettata anche dagli odierni romanisti francesi e tedeschi. [3]) Contro di essa, oltre le considerazioni sovraesposte onde debbonsi differenziare le due figure nel diritto imperiale, per quanto riguarda il diritto giustinianeo, stanno anche le seguenti, che aggiungiamo alle altre, già da altri opposte, come quelle che ci sembrano non assolutamente prive di qualche peso. *A*) Giustiniano, generalmente sì verboso quando innova, non si sarebbe, con assai probabilità, limitato a introdurre una innovazione, che sconvolgeva i principî del diritto romano sulla correalità, senza farne menzione adeguata. *B*) È stato osservato che, siccome nel proemio della costituzione si trova richiamata la Nov. 4, che si riferisce ai fideiussori, verosimilmente la Nov. 99 devesi considerare come un compimento della legislazione degli istituti di garanzia. Man-

[1]) Il Brassloff, in *Zeitschrift d. Sav.-Stift.* XXV (1904), p. 298 segg (*Zu den Quellen der Byzantinischen Rechtsgeschichte*, I), avendo rilevato in *Amh.* 151 (610-644 d. C.) una ἀλληλεγγύη, in cui gli obbligantisi si dichiarano ἀδιαιρέτως ἀλληλέγγυοι, ha argomentato che 'Wenn die Darlehnsnehmer sich hier als ἀδιαιρέτως ἀλλ. bezeichen, so soll damit die Präsumtion einer bloss quotativen Haftung ausgeschlossen werden. Ist die Novelle 99 in Aegypten tatsächlich in Geltung gestanden, so muss mann wohl dass in den übrigen Kontracten nachjustinianischer Zeit, welche die Beisatz 'ἀδιαιρέτως' nicht enthalten, die Gesammtschuldner nur pro parte verpflichtet sind'. Noi, dal canto nostro, rileviamo che in *BGU.* III, 736 (544-559 d. C.) e III. 837 (609 d. C.) di data posteriore alla legislazione giustinianea, i debitori ἀλληλέγγυοι dichiarano invece ciascuno la rispettiva parte ricevuta.

[2]) Un'esposizione particolareggiata e compiuta delle varie dottrine emesse sulla Nov. 99 è in Vangerow, *Pandekt.*[7] III, pp. 78-87 (§ 573 Anm. 4), e anche, in chiaro succinto, in Windscheid [*Pandekt.* § 293 Anm. 10], che accetta l'opinione del Vangerow. Il quale ritiene sì che la Novella 99 non contenga norme generali per la correalità, ma nello stesso tempo afferma, che le sue disposizioni si applicano al caso in cui i debitori correali hanno profittato del debito in misura eguale, e sono – presenti e solvibili – convenuti in comune. Giustiniano non avrebbe fatto che riconoscere nelle obbligazioni correali passive il medesimo rapporto giuridico sostanziale che ne era il fondamento. Ma, senza osservare con l'Arndts (*Pandekt.* § 215 Anm.) che questo rapporto per nulla riguarda il creditore, è sempre ammessa la possibilità che l'obbligazione correale, sia pure in un caso, corrisponda all'ἀλληλεγγύη.

[3]) Mitteis, *Reichsrecht u. Volksrecht*, pp. 183-84; Girard, *Manuel*[5], p. 735, n. 1; p 737, n. 3; Brassloff, *Zeitschrift*, cit.

cava però una testimonianza postgiustinianea, che avvicinasse espressamente l'ἀλληλεγγύη all'ἐγγύη, e negasse così una identità sostanziale con la correalità.

A noi sembra che, all'uopo, possa essere esibito il passo seguente, che togliamo dalla Πεῖρα XI, 6 (Zachariae a Lingenthal, *Ius Graeco-romanum* I, pars I).

> Ὅτι γυνὴ μετά τινος ἐδανείσατο, καὶ τὸ δάνειον συνέστη μετ' ἀλληλεγγύου ἐνοχῆς, καὶ ἔλκοντος τοῦ δανειστοῦ τὴν γυναῖκα εἰς τὸ ὅλον χρέος, ἔκρινεν ὁ μάγιστρος καὶ ἠλευθέρωσε ταύτην τῆς ἐνοχῆς τῆς ἐγγύης, γράφας οὕτως· ὁ δανειστὴς τὸ χρέος ἅπαν ἐκ τῆς γυναικὸς ἐπεζήτει διὰ τὸ ἐγγεγράφθαι τῇ ὁμολογίᾳ ἑκάτερον πρόσωπον εἰς ὁλόκληρον εὐθύνεσθαι καὶ ἕκαστον ἀντὶ τοῦ ἑτέρου ἀλλ' οὐ τῷ νόμῳ τοῦτο δοκεῖ, οὐδὲ τὸ δικαστήριον τὴν τοιαύτην προσήκατο πρότασιν. ἐγγύης γὰρ ἁπάσης τὸ θῆλυ γένος ὁ νόμος ἀφῆκεν ἀνώτερον· ταὐτὸν δέ ἐστιν ἐγγύη καὶ ἀλληλέγγυος ἐνοχή· ὥστε οὐδὲ ἡ ἐντεθεῖσα τῷ ἐγγράφῳ περὶ τῆς ἀλληλεγγύου εἰσπράξεως συμφωνία....[1]) τοῦτο δὲ τὸ νομικὸν ἐκ μονοπλεύρου κρατεῖν εἶχεν ἰσχύν. τῆς μὲν γὰρ γυναικὸς ἀπορούσης πρὸς τὴν ἡμίσειαν τοῦ χρέους ἔκτισιν, πρὸς ἀνάγης ἂν ἦν τῷ ἰωάννῃ καὶ εἰς ὁλόκληρον εὐθύνεσθαι τούτου δὲ πρὸς μεταβολὴν ἀτονοῦντος τοῦ ἡμίσεως, ἡ γυνὴ οὐδὲν πλέον τῆς ἐπιβαλλούσης αὐτῇ μέριδος ἐκτίννυσι, ὡς πρωτότυπος μὲν γὰρ εὐθύνην ἔχει, τὸ δ' ἐξεγγυημένον μέρος ἀποδιαπομποῦσι ταύτης αἱ διατάξεις.

In questo passo è dichiarato espressamente che nella stipulazione di mutuo, in cui una donna e Tizio si fossero obbligati per il *solidum* καὶ ἕκαστος ἀντὶ τοῦ ἑτέρου (et unusquisque pro alio), l'obbligazione della donna è nulla: ἐγγύης γὰρ ἁπάσης τὸ θῆλυ γένος ὁ νόμος ἀφῆκεν (omni enim fideiussione muliebre genus lex liberat): ταὐτὸν δέ ἐστιν ἐγγύη καὶ ἀλληλέγγυος ἐνοχή (idem est ἐγγύης et ἀλληλεγγύης obligatio) e in fine: τὸ δ' ἐξεγγυημένον μέρος ἀποδιαπομποῦσι ταύτης (sc. γυνῆς) αἱ διατάξεις (et partem, pro qua fideiussit, omnes constitutiones mulieri auferunt). Alcun altro luogo delle raccolte di diritto bizantino[2]) può

[1]) κρατεῖ supplet ZACHARIAE A LINGENTHAL.

[2]) Era noto da HARMENOP, *Man. leg.* III, 6 § 17 che: καὶ ἀλληλεγγύως δανειζομένη μετά τινος γυνὴ βοηθεῖται (sotto la rubrica περὶ ἐγγυητῶν ἢ ἀντιφωνητῶν), ma si propendeva a riferirlo a un caso generale d'intercessione (cfr. 17 § 2 D. XVI, 1), come facevano i sostenitori dell'estensione della Nov. 99 alla correa-

essere più significativo per il ravvicinamento dell'istituto che c'interessa all'ἐγγύη, ravvicinamento suggerito, d'altronde, da ragioni d'indole dommatica.

Quali furono le ragioni che indussero Giustiniano a introdurre la nuova regolazione dell'ἀλληλεγγύη? A mio avviso, una necessità di coordinazione legislativa. La Nov. 4 concedeva il *beneficium excussionis* ai fideiussori, mandanti, costituenti; in base alla norma nuova poteva restar dubbio se ciascuno dei debitori ἀλληλέγγυοι potesse eccepire ed esigere la precedente escussione del condebitore, del quale egli era anche fideiussore (il che non poteva darsi quando al creditore spettando la *libera electio*, a lui pure spettava di fissare la persona, che gli doveva il pagamento, e che non poteva opporgli alcuna eccezione); ad ovviare agli inconvenienti e alle cavillose contese che potevano nascere, il legislatore - il quale, si noti, richiama la precedente legge portata su l'ordine di escussione dei fideiussori: proem. ἴσμεν πρώην τεθεικότες νόμον περὶ ἐπιλογῆς μανδατώρων τε καὶ ἐγγυητῶν etc. - dopo quattro anni (la Nov. 4 è del 535, la 99 del 539) interviene a dettare una norma certa, un trattamento normale e unico, dichiarando intendersi la obbligazione assunta ἀλληλεγγύως *pro parte*; e, in caso di pattuito pagamento del solido, doversi nondimeno impetire ciascuno per la parte che gli è spettata, καὶ μὴ τὸ κοινὸν χρέος ἰδιόν τινος γινέσθω βάρος.

Concludendo, quando un'obbligazione fosse stata assunta in solido nella forma dell'ἀλληλεγγύη essa intendevasi assunta *pro parte*; non se invece i debitori si fossero dichiarati *duo rei promittendi* ciascuno per il solido, nel qual caso vigevano le norme della correalità.

Le osservazioni del Girard [1]) che la Nov. 99 si debba applicare alle obbligazioni correali e che la sola restrizione apparente ch'essa contiene cioè che la obbligazione siasi assunta ἀλληλεγγύως, perde il

lità (Cfr. Wieding, *Novella Iustiniani*, XCIX (Berolini, 1857), pp. 124-125). Di sul nostro passo ogni dubbio scompare, perchè vi s'afferma non solo che la donna non è tenuta εἰς ὁλόκληρον; ma che, anche quando il mutuo sia stato contratto in suo interesse, una metà, nell'ἀλληλεγγύη, non è dovuta perchè essa è considerata come ἐγγυητής. Piuttosto è da richiamarsi il principio generale espresso in l. 2 § 1 D. XVI, 1 e l. 48 D. XLVI, 1. Dippiù si noti che le parole ἐγγυητής, ἔγγυος, ἐγγυᾶσθαι... nel linguaggio dei Basilici non sono mai usate per indicare il concetto più generale d'intercessione (per cui si usa ἀνσιφώνησις); sì bene lo specifico di *fideiussio*. Cfr. es. XXVI. 7. 32, 34, 37, 39, 40, 43, 44, 46, 47, 49, 56*.

[1]) *Manuel*, loc. cit.

suo peso se si ricordi che tale è nell'ultima epoca l'espressione designante la convenzione di correalità negli atti, presuppone già risoluta affermativamente la questione se l'ἀλληλεγγύη corrisponda alla correalità; ciò che non è, avendo la giurisprudenza e Giustiniano stesso tenute distinte le due figure. Tutt' al più il romanista non può vedere nell'ἀλληλεγγύη greco-egizia e giustinianea se non una possibile forma di obbligarsi per il solido - onde per gli effetti economici esterni della soluzione si potrebbe, sempre inesattamente però, richiamare l'effetto della correalità - ma senza gli effetti e la interna struttura dell'obbligazione correale.

In base alle nostre conclusioni si può spiegare, in modo diverso che non sia stato fatto finora, la l. 47 D. XIX, 2. Marcellus *libro sexto digestorum*:

> ' Cum apparebit emptorem conductoremve (leg. emptoribus conductoribusve. Mommsen) pluribus, vendentem vel locantem singulorum in solidum intuitum personam, ita demum ad praestationem partis singuli sunt compellendi, si constabit esse omnes solvendo: quamquam fortasse iustius sit etiam, si solvendo omnes erunt, electionem conveniendi quem velit non auferendam actori, si actiones suas adversus ceteros praestare non recuset '.

Il passo riguarda la convenzione di correalità nelle obbligazioni di buona fede. Cfr. del resto l. 13 § 9 D. XIX, 2; l. 9 pr. D. XLV, 2 (interpolato in fine? cfr. Mitteis, *Individualis.* cit. pag. 59. o, piuttosto, scorretto? cfr. Girard, *Manuel*[8], 735, n. 4).

Siccome il passo afferma la divisione dell'obbligazione in parti fra i debitori assunti in solido, si sono messe innanzi due ipotesi: 1ª si tratta realmente dell'estensione del beneficio adrianeo ai debitori correali nei contratti di buona fede; 2ª non si avevano ancora idee esatte sugli effetti della correalità nei contratti di buona fede (Girard, op. cit. 736, n. 4).

Opinioni che invano cercano di dar giusta ragione; perchè, quanto alla prima, è inconcepibile un'estensione alla correalità di un beneficio legiferato per i fideiussori (e non pure per i costituenti! Cfr. c. 3 C. IV, 18) e specialissimo, senza che se ne vegga la ragione determinante; quanto alla seconda, l'affermazione è soverchiamente arri-

schiata, non potendosi pensare che proprio nel fiore della giurisprudenza, quando già formata era la dottrina della correalità (il cui principio è contenuto nella seconda parte del passo), si potesse essere incerti su la sua azione nei contratti di buona fede.

Altri risolve la questione da un punto di vista giusto, ma non compiuto Il Karlowa [1]) opina che non si abbia a pensare ad un vero e proprio rapporto di correalità: ' Es ist danach mehreren Personen so verkauft dass ieder der Käufer nur ein Recht auf die ideelle Hälfte der kaufsache erhält, zugleich hat aber der Verkäufer Haftung des einzelnen Käufers für den ganzen Preis ausgemacht. Hier liegt keine wahre Korrealität, sondern nur eine gegenseitige Bürgschaft für den den anderen treffenden Anteil am Preise vor '. Però dubita, perchè ' keine eigentliche Mitbürgschaft vorliegt '.

Il punto di partenza è giusto per ciò che suppone trattarsi di una *mutua fideiussio*, ma è incompleta perchè non è sufficiente a spiegare tutto il passo. Il quale contiene applicata allo stesso caso - locazione o vendita contratta con responsabilità solidale da parte dei locatari e compratori - una doppia decisione contradditoria. Si afferma nel primo membro che ciascuno degli obbligati è tenuto alla prestazione di una quota parte, se tutti sono solvibili (ad praestationem partis sunt compellendi, si constabit esse omnes solvendo); eppoi nel secondo membro, aggiunto al primo con una proposizione concessiva (quamquam .... sit) si dichiara che non devesi togliere al creditore la potestà di convenire a sua scelta, anche se tutti gli obbligati sono solvibili (si solvendo omnes erunt, electionem conveniendi quem velit non auferendam actori ....).

Nè si potrebbe dire che nel secondo membro è contenuta la norma generale delle obbligazioni correali, quasi come contrapposta al primo membro che conterrebbe la norma da applicarsi al caso particolare della correalità nei contratti di buona fede; perchè in tale ipotesi il secondo membro non dovrebbe avere - come risulta evidente - particolare riferimento al caso specifico in questione.

A togliere la contraddizione dovrebbesi, a mio avviso, ritenere il passo alterato già dai compilatori con l'inserzione di *ita - iustius sit.* Il passo originario doveva suonare press' a poco così:

[1]) *Römische Rechtsgeschichte* (Leipzig, 1901), II, 723-729. Nello stesso senso cfr. il MITTEIS, *Individualis.* cit. p. 60; e il FERRINI in *Enciclop.* cit. p. 439, 440.

Cum apparebit emptoribus conductoribusve pluribus vendentem vel locantem singulorum in solidum intuitum personam. etiam si solvendo omnes erunt, electio conveniendi quem velit non aufertur actori [1]).

Per tal modo è la norma comune della correalità che Marcello applica anche alle obbligazioni di buona fede. I compilatori hanno avuto riguardo all' ἀλληλεγγύη, che nelle locazioni era già *ab immemorabili* d'uso costante e comune nelle provincie (cfr. pag. 305), ed hanno applicato il *beneficium divisionis* agli ἀλληλέγγυοι, *beneficium* di cui fin da Adriano godevano gli ἐγγυηταί; conservando nello stesso tempo la regola della correalità per quanti si fossero obbligati in solido e non in quella forma particolare.

Fontana, Settembre 1905.

G. Bortolucci.

[1]) Nei Basilici (XX, 1, 46) il passo è reso così, con l'unica menzione del diritto di scelta del creditore: ἐὰν πολλοῖς μισθώσω ἢ πωλήσω σκοπῷ τοῦ ἕκαστον εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεσθαι, ἐξουσίαν ἔχω χωρῆσαι καθ' οὗ βούλομαι, τὰς κατὰ τῶν ἄλλων ἀγωγὰς ἐκχωρῶν αὐτῷ.

Uno scolio di Cirillo a ἐὰν πολλοῖς riporta il passo com'è nel Digesto.

RECENSIONI

Lo Codi, *eine* Summa Codicis *in provenzalischer Sprache aus der Mitte des XII Jahrhunderts* herausgegeben von HERMANN FITTING und HERMANN SUCHIER — I Theil. *Lo Codi* in der lateinischen Uebersetzung des Ricardus Pisanus. - Halle, Max Niemeyer, 1906 (pagg. x. *64. 385, in-8° grande con 3 tavole in fototipia).

Com'è noto agli studiosi della storia del diritto romano nel medioevo, da più anni i professori Fitting e Suchier attendono alla preparazione della pubblicazione di una Somma del Codice giustinianeo scritta in provenzale, che col titolo *Lo Codi* ebbe, a quanto pare, molta diffusione nel secolo dodicesimo e nei seguenti.

Ecco ora il primo volume della pubblicazione, che non contiene *Lo Codi* originale, ma una versione latina. Mentre il testo originale ha una grande importanza filologica, perchè si può dire il libro in prosa provenzale più antico tra quelli di maggior mole, che sono a noi pervenuti, questa versione latina dovrà essere attentamente esaminata dagli studiosi della lingua italiana per le frequenti e notevoli tracce del volgare, che nell'affrettata opera del traduttore sono penetrate.

Il libro aveva certamente scopo sopratutto pratico. La materia è disposta secondo l'ordine generale dei primi nove libri del Codice giustinianeo, ma la divisione dei titoli si discosta notevolmente dal testo legale; tutto ciò che avrebbe avuto importanza meramente scientifica e dottrinale, è tralasciato. Tali caratteri sono in questa *Summa* anche più manifesti, che nella *Summa Codicis*, che il Fitting stesso pubblicava nel 1894 col titolo: *Summa Codicis des Irnerius*, e che ora egli chiama *Summa Trecensis*, per non suscitare troppe obiezioni da parte di coloro che negano esserne autore Irnerio.

Tuttavia le somiglianze tra *lo Codi* e la *Summa Trecensis* sono d'altra parte tali da far ritenere che questa sia servita di modello a quello.

Per la storia del diritto romano nel medio-evo, *lo Codi* è di capitale importanza appunto per il suo carattere prevalentemente pratico. Il fatto ch'esso sia stato tradotto in latino da un italiano dimostra quanto ne sia stata larga l'applicazione anche fuori del suo originario territorio.

Il Fitting crede che si tratti non di un lavoro meramente dottrinale, ma di un testo promulgato da Raimondo di Baux, probabilmente seguendo il consiglio di Rogerio.

La versione latina, conservata non senza notevoli differenze in tre manoscritti, uno della biblioteca del Capitolo di Tolosa N. 129, un altro della biblioteca di Albi N. 50, un terzo della biblioteca dell'Università di Leida Cod. Vossianus latino N 66, è dai due ultimi manoscritti attribuita al *magister Ricardus Pisanus*.

Questo autore non ci è d'altra parte noto; ma nulla ci autorizza a dubitare dell'attestazione dei manoscritti, tanto più che parecchi *italianesimi* provano che il traduttore era italiano, ed alcuni passi con mutamenti di nomi, con esempi relativi a luoghi vicini a Pisa, come S. Savino e Pontedera, sostituiti ad esempi francesi, dimostrano che era Pisano. Il tempo, in cui la versione fu scritta, deve, secondo le acute osservazioni del Fitting, fissarsi verso il 1160.

La versione porta le tracce di molta fretta; in qualche punto è errata; in parecchi mantiene termini provenzali; ma in generale riproduce abbastanza fedelmente l'originale, servendosi di una lingua facilmente intelligibile a tutti.

In un'appendice speciale, gli editori hanno riunito un gran numero di espressioni di basso latino e di lingua romanza, che si riscontrano nella versione.

In qualche caso si può pensare che si tratti di errore di scrittura: per esempio in IV, 38 § 2 si legge *rarament* in forma provenzale, mentre è difficile pensare che il traduttore italiano non abbia almeno scritto *raramente*, con desinenza da lui usata in altri casi. Questo materiale linguistico mi pare molto importante: veggasi, per esempio, in VI, 41, 2 questa osservazione del traduttore: « *condicio* in latino est *retenimentum* in vulgari ».

Al Fitting e al Suchier vadano le espressioni della nostra gratitudine pel forte contributo portato alla nostra storia con la presente pubblicazione.

VITTORIO SCIALOJA.

INDICE DEL VOLUME XVII

Memorie:

De Medio Alfredo. — Studi sulla « culpa lata » in diritto romano . . . . . Pag. 5

Longo Carlo. — « Natura actionis » nelle fonti bizantine . . 34

Costa Emilio. — Mutui ipotecari greco-egizi 96

Di Marzo Salvatore. — Appunti sulla dottrina della causa lucrativa (*continuaz. e fine*) 103

Pampaloni Muzio. — Persone in « causa mancipii » nel diritto romano giustinianeo 123

De Ruggiero Roberto. — Teorie nuove e teorie vecchie intorno alla « litis contestatio » 149

Ducati Bruno. — Notizia di nuovi manoscritti e studi sul libro siriaco-romano delle « Leggi di Costantino, Teodosio e Leone » 191

Solazzi Siro. — Studio sull' « actio de peculio » 208

Bortolucci Giovanni. — La fideiussione nell'Egitto greco-romano 265

Recensioni:

H. Fitting und H. Suchier. — Lo Codi in der lateinischen Ubersetzung des R Pisanus (rec. V. Scialoja) 317

Appunti bibliografici 139

Roma - Forzani e C. tipografi del Senato.

K
9
S75
anno 17

Istituto di diritto romano
"Vittorio Scialoja"
Bullettino

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY